Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IV.

Der neue Entwurf einer Civilprozeßordnung für das Königreich Bayern, verglichen mit den Leiſtungen in anderen Staaten und im Zuſammenhang mit der Frage über Einführung einer gemeinſchaftlichen Civilprozeßordnung für Deutſchland,

von

Mittermaier.

Das Bedürfniß einer den gerechten Forderungen der Schnelligkeit, Gründlichkeit und Beſchränkung der Koſten entſprechenden Civilprozeßordnung macht ſich immer mehr in allen deutſchen Staaten geltend. Daran knüpft ſich der immer lauter ſich äußernde Wunſch, daß eine gemeinſchaftliche, gleichförmige Civilprozeßordnung für alle deutſche Staaten in das Leben gerufen werden könne. Das glückliche Ereigniß, daß eine ganz Deutſchland umfaſſende Wechſelordnung, und neuerlich ſelbſt ein deutſches Handelsgeſetzbuch zu Stande gebracht werden konnte, erweckt bei Vielen die Hoffnung, daß durch gemeinſchaftliches Wirken aller deutſchen Staaten auch eine Civilprozeßgeſetzgebung für ganz Deutſchland eingeführt werden könne. Die neuerliche Verhandlung am Bundestage über den Gegenſtand ſcheint bei Manchen die Ausſicht auf Verwirklichung dieſer Hoffnung zu beſtärken. Bald aber überzeugt man ſich, daß, wenn zur Ausführung geſchritten werden ſoll, die Anſichten über die Mittel ſich ſcheiden, theils darüber, ob die Einführung einer ſolchen Geſetzgebung durch den deutſchen Bund oder durch das Zuſammenwirken der einzelnen Staaten geſchehen ſoll, theils in Anſehung der Frage, wie die Commiſſion, die das Geſetzbuch bearbeiten ſoll, zu wählen iſt, theils auf welche Art dem Grundſatze Rechnung getragen werden ſoll, daß den einzelnen Regierungen und den Volksvertretungen das Recht geſichert bleibt, daß die in einem Staate geltende Geſetzgebung durch das Zuſammenwirken aller Faktoren zu Stande komme. Man kann nicht blind ſein gegen die Erſcheinungen, welche bei Gelegenheit der Abſtimmung der

deutſchen Kammern über das Einführungsgeſetz des Handelsgeſetzbuchs ſich zeigten. Niemand kann verkennen, daß mit einem gewiſſen Widerſtreben und mit der Hoffnung, daß ähnliche Erſcheinungen nicht wieder vorkommen möchten, viele Mitglieder der Kammern ihre Zuſtimmung zum Handelsgeſetzbuch gaben, weil man erkannte, daß auf dieſe Art die unglückliche Alternative herbeigeführt wird, daß entweder, wenn die Faktoren der Geſetzgebung in den einzelnen Staaten von ihrer Befugniß, vorgelegte Geſetzesentwürfe zu prüfen und die ihrer Ueberzeugung widerſtreitenden Beſtimmungen abzulehnen, Gebrauch machen, die Gemeinſamkeit des deutſchen Geſetzgebungswerks vernichtet wird, oder daß, wenn die Kammern auf ihr Recht verzichten ſollen, ihr Anſpruch auf geſetzgebende Thätigkeit eine werthloſe Form wird. Auf dem deutſchen Juriſtentage in Dresden wurde Dies auch ſehr gut gefühlt, und insbeſondere hatte Bluntſchli auf die Wichtigkeit, das Geſetzgebungsrecht der einzelnen Staaten zu achten, ſehr gut aufmerkſam gemacht.[1]) Es kann nicht verkannt werden, daß eine Verſtändigung über die Grundlagen einer Civilprozeßordnung, welche den Intereſſen und Gewohnheiten aller deutſchen Staaten entſpricht, große Schwierigkeiten hat. Der Civilprozeß hängt auf das Genaueſte mit den ſocialen und politiſchen Zuſtänden, mit den Sitten und der Bildungsſtufe der Bewohner einer Gegend zuſammen. Niemand kann leugnen, daß in dieſer Beziehung in Deutſchland große Verſchiedenheit iſt, daß in manchen Gegenden eine Abneigung der Bürger, ihr Geſchäft bei Gericht perſönlich zu betreiben, ſich zeigt und daher die Recht Suchenden regelmäßig an Advokaten ſich wenden, während in anderen Gegenden die Bürger ſeit langer Zeit gewohnt ſind, in ihren Angelegenheiten ſich an die Beamten zu wenden und ihren Rath und ihre Mitwirkung ſich zu erbitten. Eine Civil-Prozeßordnung ſteht aber auch im nächſten Zuſammenhange mit der Gerichtsverfaſſung. Wir erinnern nur daran, daß in

1) Wir verweiſen in dieſer Beziehung überhaupt auf die Verhandlungen des zweiten deutſchen Juriſtentags, Berlin 1862, S. 100—131. Man überzeugt ſich freilich bei der Durchleſung, daß manche Redner die Schwierigkeiten, ein Civilprozeßgeſetzbuch für ganz Deutſchland zu Stande zu bringen, ſich nicht genug klar gemacht hatten.

manchen Gegenden die Bürger entschieden die Justiz der Einzelrichter vorziehen, theils aus Unbekanntschaft mit einer anderen besseren Einrichtung, theils aus Gewohnheit, theils aus Scheu vor den Kosten, während in anderen Gegenden die Bürger entschiedenes Vertrauen zu der Collegialjustiz haben. Bei der Bearbeitung einer Civilprozeßordnung zeigt sich auch bald unter den Mitgliedern der Commission ein Widerstreit der Ansichten, indem Einige ein strenges Durchführen eines gewissen Prinzips, eine möglichst vollständige Regelung aller prozessualischen Handlungen durch genaue Vorschriften vorziehen, während Andere dem Prinzip der Zweckmäßigkeit huldigen und dem Ermessen der Richter Alles überlassen wollen. Wenn insbesondere eine auf völlig neue Grundlagen gebaute Civilprozeßordnung in einem Staate berathen werden soll, so zeigt sich bald wieder die Verschiedenheit der Ansichten, je nachdem einige Mitglieder, an die bisherigen Einrichtungen gewöhnt, möglichst viel von dem Alten zu retten suchen, während andere die neuen Grundlagen consequent durchführen wollen, noch andere dagegen in einer gewissen Halbheit, in einem Transactionssystem ihr Heil suchen. Es kann nicht genug hervorgehoben werden, daß eine den Bedürfnissen entsprechende Civilprozeßordnung nur zu Stande kommen kann, wenn Männer, welche gründlich durch eigenes Studium mit allen Fortschritten wissenschaftlicher Forschung vertraut sind, mit Männern zusammenwirken, welche eben so die Erfahrungen des Richters als die des Anwalts kennen. Vorzüglich muß beachtet werden, daß bei einer neuen Prozeßordnung es darauf ankömmt, wenn das Gesetz auf die Grundlagen der französischen Gesetzgebung gebaut werden soll, und die Erfahrungen der Länder, in welchen bereits ähnliche Versuche gemacht sind, benützt werden sollen, daß die Bearbeiter des Entwurfs auf das Genaueste mit den Erfahrungen über die Wirksamkeit der ausländischen Gesetzgebungen vertraut sind. [2]) Sollen die verfassungsmäßigen Rechte der Faktoren der Gesetzgebung der einzelnen deutschen Staaten bei der Bearbeitung einer deutschen Civilprozeßordnung

2) Wir erlauben uns auf das in diesem Archiv, Bd. 44 S. 80, 94, 98 Ausgeführte zu verweisen.

gesichert werden, so könnte dies nur geschehen entweder I. durch das Bestehen eines Centralorgans, welches als Vertreter der Interessen aller deutschen Staaten in Bezug auf Gesetzgebung betrachtet werden kann, oder II. durch die Theilnahme der Regierungen und Kammern aller deutschen Staaten an der Berathung des Gesetzgebungswerks. In Bezug auf den ersten Weg ist es klar, daß Deutschland zur Zeit kein solches Organ besitzt, wie es nur da vorkommen könnte, wenn Deutschland, worauf die heißen Wünsche aller Freunde des Vaterlandes gerichtet sind, ein Bundesstaat wird, und ein Parlament, dessen Mitglieder aus allen deutschen Staaten gewählt sind, die Interessen Deutschlands vertritt. Zur Zeit hat Deutschland nur einen Staatenbund, in welchem kein Centralorgan besteht, welches befugt wäre, eine allgemeine deutsche Civil- oder Strafgesetzgebung zu beschließen. Mehrheitsbeschlüsse des Bundestags in Ansehung einer gemeinsamen Gesetzgebung können Deutschland nicht verbinden. Aus dem Wesen eines Staatenbundes folgt nicht, daß in einem solchen Bunde eine gemeinsame Civilgesetzgebung besteht. Weder der völkerrechtliche Charakter des Bundes noch sein Zweck führen darauf [3]) und schwerlich wird im Ernst daraus, daß nach der Wiener Schlußakte von 1820 art. 64 von Vorschlägen zu gemeinnützigen Anordnungen die Rede ist, Jemand behaupten wollen, daß unter dem obigen Ausdruck auch eine gemeinsame deutsche Gesetzgebung im Straf- oder Privatrecht zu verstehen ist. Wählt man nun den obigen zweiten Weg, so könnte Dies wieder geschehen entweder 1) so, daß die Kammern der einzelnen Staaten zu der Commission, die die Civilprozeßordnung zu bearbeiten hat, Mitglieder derselben senden, oder 2) daß der von einer durch die Regierung gewählten Commission bearbeitete Entwurf, zur Prüfung einem Ausschuß vorgelegt wird, den die einzelnen Kammern wählen. Soll der erste Weg eingeschlagen werden, so stößt man bald auf neue Schwierigkeiten. Man frägt dann, ob die Zahl der Mitglieder, die jede Kammer zu wählen hat, nach der Größe der Bevölkerung des Staats gewählt werden soll, oder ob jeder Staat eine gleiche Zahl zu wählen hat. Geschieht

3) s. auch v. Groß in der preuß. Gerichtszeitung 1861 Nr. 47.

das Erste, so werden begreiflich die von den zwei großen deutschen Staaten gewählten Mitglieder eigentlich den Ausschlag geben, und dann drängt sich die Frage auf, ob eine auf diese Art zu Stande gekommene Gesetzgebung den Interessen aller deutschen Staaten entsprechen und auf allgemeines Vertrauen Anspruch machen kann. Ohnehin kann bei diesem Wege auch die Frage nicht unterdrückt werden, ob man hoffen darf, daß jede deutsche Kammer in ihrer Mitte Männer finden wird, welche die oben geschilderten Eigenschaften besitzen. Will man die Bearbeitung des Entwurfs einer Commission übertragen, welche aus den von den Kammern gewählten Abgeordneten besteht,[4]) so ergeben sich außer der eben angedeuteten Bedenklichkeit wegen der Wahl noch große Zweifel, ob in dem Mandate der Mitglieder einer Kammer auch die Befugniß liegt, aus ihrer Mitte Mitglieder zu einer Commission zu wählen, welche Gesetze berathen darf, die ohne Weiteres jede Kammer verpflichten. Soll der zweite Weg gewählt werden, so könnte man sich wieder zwei Wege denken, entweder a) daß der Ausschuß über den vorgelegten Entwurf en bloc abstimmen muß, oder b) daß der Ausschuß den Entwurf in den einzelnen Bestimmungen zu prüfen und über jede Vorschrift abzustimmen hat. Geschieht das Erste, so ist das Recht der Theilnahme der Kammern am Gesetzgebungsrechte eigentlich nur ein Schein, und man muß bezweifeln, ob ein auf diese Art zu Stande gekommenes Gesetzbuch Anspruch auf Vertrauen Deutschlands machen kann; wählt man aber den zweiten Weg ad b), so ist vorauszusehen, daß man auf Gemeinsamkeit der Gesetzgebung Verzicht leisten muß. Unter solchen Umständen bleibt nichts übrig, als daß 1) durch Zusammenwirken der einzelnen Regierungen in allen deutschen Staaten gemeinsame Bestimmungen über gewisse Punkte in Ansehung deren die Gemeinsamkeit der Gesetzgebung dringend geboten ist und eine Verständigung leicht erwartet werden kann, z. B. über den Zeitpunkt der Großjährigkeit[5]), zu Stande gebracht werden,[6]) 2) daß eine

4) Vorschlag von Maurer in der preuß Gerichtszeitung 1861 S. 279.

5) Mit Recht hat der deutsche Juristentag in Dresden (Verhandlungen S. 142) einige dieser Punkte zum Gegenstand seiner Berathungen gemacht.

6) Es ist sehr zu bedauern, daß man die auf der Germanistenversammlung

gleichförmige Gesetzgebung über die Vollstreckung eines in einem deutschen Staate ergangenen Urtheils in allen deutschen Staaten und über Gleichstellung der Bürger aller deutschen Staaten in Bezug auf einzelne Punkte zur Beseitigung von Hindernissen der Rechtspflege, z. B. Befreiung des Klägers von Stellung der Caution im Prozesse ermöglicht wird, 3) daß unter den deutschen Regierungen eine Verabredung eingeleitet wird, um über gewisse Grundfragen der Gerichtsverfassung und der Prozeßordnung sich zu verständigen. Durch Austausch der Meinungen und der Erfahrungen über die Wirkungen der Gesetze in einzelnen Ländern könnte allmählig eine Verständigung bewirkt und dadurch eine Grundlage vorbereitet werden, auf welcher im Laufe der Zeit durch die lebendige Theilnahme der Presse eine gemeinsame Prozeßgesetzgebung für Deutschland bewirkt werden könnte. Wünschenswerth ist, daß durch solche Vorarbeiten die gesetzgeberische Thätigkeit in den einzelnen deutschen Staaten nicht aufgehalten wird. Das Ergebniß dieser Arbeiten wird desto leichter einst zur allgemeinen Verständigung führen. Vergleicht man den gegenwärtigen Standpunkt der Ansichten, die in Bezug auf Civilprozeß in Deutschland sich geltend machen, so ist nicht zu verkennen, daß schon eine bedeutende Uebereinstimmung sich darin ausspricht, daß der bisherige schriftliche Prozeß nicht beibehalten werden darf, daß vielmehr eine neue Civilprozeßgesetzgebung auf die Grundlage der mündlichen Vorträge vor den urtheilenden Richtern, der Oeffentlichkeit und der Beseitigung der unnöthigen Einmischung der Gerichte in den Prozeßgang, daher Herbeiführung einer solchen Stellung der Gerichte gebaut werden muß, daß die Richter von allen nicht zu der richterlichen Thätigkeit gehörigen Geschäften befreit werden. Da nun der französische Prozeß auf diesen Grundlagen beruht, so ist von selbst jeder neue Gesetzgeber dazu gedrängt, vorzüglich zu prüfen, in wie fern die französische Gesetzgebung zum Vorbild bei neuen Gesetzgebungsarbeiten ge-

---

[1] In Lübeck in Anregung gebrachte Idee durch eine aus Juristen aller deutschen Staaten gebildete Commission den Versuch machen zu lassen, über einen wichtigen Rechtstheil einen Gesetzesentwurf zu bearbeiten, (darüber Verhandlung der Germanisten zu Lübeck S. 205 und dies Archiv Band XXXI S. 100) von dem deutschen Juristentage nicht beachtet wurde.

nommen werden ſoll. Nicht unbeachtet dürfte aber der mit Geſetzgebungsarbeiten Beſchäftigte die vielfachen Mängel laſſen, welche der franzöſiſche Prozeß hat, er müßte in dieſer Beziehung die wichtigen Erörterungen, Erfahrungen und Vorſchläge franzöſiſcher Juriſten beachten. Einen reichen Schatz findet hier Jeder in den leider in Deutſchland zu wenig bekannten Werken von Boitard [7]), Regnard [8]), Seligmann [9]), Bordeaux [10]), Lavielle [11]). Nicht weniger dürfte der Geſetzgeber die wichtige Erfahrung unberückſichtigt laſſen, daß ſchon bei der Einführung des franzöſiſchen Code im Königreich Weſtphalen die Nothwendigkeit anerkannt wurde, manche Beſtimmungen des franzöſiſchen Geſetzbuchs zu ändern. [12]) Insbeſondere wurde im weſtphäliſchen Geſetz eine Vorſchrift (Art. 5 des Geſetzes) erlaſſen, die ſich ſehr wohlthätig bewährte, nämlich, daß nicht wie in Frankreich die Klage und die Vorladung in *einem* vom Gerichtsvollzieher verfertigten Akt verbunden, vielmehr eine von der Vorladung getrennte, von einem Anwalt zu bearbeitende Klagſchrift dem Beklagten eingehändigt werden ſollte. Noch wichtiger wurden die Geſetzgebungsarbeiten in Genf. Damals wirkte in Genf ein Mann, der auf ſeltene Weiſe alle Eigenſchaften eines Geſetzgebers verband, nämlich Bellot. Er erkannte

---

6) Code de procedure civile. Leçons de Mr. Boitard publiées par G. de Linage augmentées par Delecourt Bruxelles 1842 2. vol.

8) De l'organisation de la procedure civile en France, Paris 1855. (ſ. darüber dies Archiv 38. Bd. S. 433)

9) Quelles sont au point de vue juridique et au point de vue philosophique les reformes dont notre procedure civile est susceptible par Seligman. Reims 1855.

10) Philosophie de la procedure civile memoire de la reformation de la justice par Bordeaux. Paris 1857. (ſ. darüber dies Archiv 40. Bd. S. 429.)

11) in Revue critique de legislation 1857. September p. 297, 1858 p. 315. XIII vol. p. 243, 345. XIV p. 217.

12) Durch die Einführung der Prozeßordnung in Weſtphalen wurde damals die Erſcheinung vieler Schriften deutſcher Juriſten veranlaßt, worin die Frage erörtert wurde, in wie fern der franzöſiſche Prozeß Nachahmung in Deutſchland verdiene.

die Mängel der französischen Prozeßordnung, und sein Werk ist vorzüglich das noch jetzt in Genf geltende Prozeßgesetzbuch von 1820, welches so wesentliche Verbesserungen des französischen Verfahrens enthält,[13]) daß bald auch in Frankreich der Werth dieser Prozeßordnung allgemein anerkannt und sie auch in andern Ländern (in der Schweiz namentlich im Jahre 1849 im Kanton Freiburg[14]) und später in den neuesten Gesetzgebungsarbeiten von Hannover als Vorbild gewählt wurde. Nicht weniger muß der mit Gesetzgebungsarbeiten über Prozeß Beschäftigte mit den im Königreich Piemont 1853, 1854, vorgekommenen Verhandlungen über die Abfassung einer neuen Prozeßordnung sich befreunden. Wie überhaupt bei den legislativen Arbeiten Piemonts die franz. Gesetzgebung einen großen Einfluß übt, so war dies auch der Fall bei der Abfassung der Prozeßordnung. Piemont hatte jedoch immer sehr bedeutende, durch wissenschaftliche Bildung und Erfahrungen ausgezeichnete Juristen, welche nicht blind die französ. Gesetzgebung annahmen, vielmehr an italienische Gewohnheiten und Ansichten das neue Gesetz anschließen und mit den neuen Grundlagen vereinigen wollten, zugleich mit dem Streben, manche im französischen Gesetzbuche vorkommende Mängel und Lücken zu verbessern. Die in den Kammern darüber namentlich in den Ausschüssen sich findenden Berathungen und erstatteten Berichte (insbesondere in der ersten Kammer) über den Entwurf[15]) enthalten einen Reichthum praktischer Bemerkungen und Erfahrungen, die absichtlich zu dem Zwecke in den Protokollen niedergelegt wurden, damit die Regierung bei einer bald vorzunehmenden, von den Kammern ausdrücklich geforderten Revision des Gesetzbuchs die Vorschläge benützen könnte. Das Gesetzbuch, welchem

---

13) Jedem mit Gesetzgebungsarbeiten Beschäftigten kann nicht genug das Studium des von Bellot bearbeiteten Exposé des motifs der Prozeßordnung, vorzüglich die Benützung der späteren Ausgabe, Genf 1837, mit wichtigen Zusätzen über Erfahrungen, empfohlen worden. s. meine Nachweisungen in der 3. Aufl. (Bonn 1838) meiner Schrift: Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß, I. 83.

14) s. darüber dies Archiv, Bd. 38, S. 150.

15) Die Protokolle über die Verhandlungen sind gedruckt; Nachweisungen darüber in diesem Archiv, Bd. 38 S. 270—75.

die Kammern nur als einem provisorischen die Zustimmung gaben, ist vom 16. Juli 1854.[16]) In der Zwischenzeit hatten sich auch in Deutschland die Stimmen vermehrt, welche eine völlige Umgestaltung des bisherigen Prozesses verlangten, und eine Hinneigung zur Einführung der französischen Gesetzgebung aussprachen. Wie überall in Deutschland eine Aengstlichkeit in Bezug auf folgerichtige Einführung neuer Einrichtungen und der Wunsch sich zeigt, möglichst viel von dem Alten zu retten, so war dies auch hier bemerkbar; insbesondere zeigte sich dies auch in Preußen. Darüber, daß das bisherige inquisitorische Verfahren nicht genügend ist, waren alle Stimmen einig. Im Jahre 1833 war dies durch ein neues Gesetz[17]) entschieden ausgesprochen. Tiefer eingreifend ward das Gesetz vom 17. Juli 1846.[18]) Die Hauptrichtung war, das inquisitorische Verfahren abzuschaffen und die mündliche Verhandlung vor den urtheilenden Richtern einzuführen. Die auch vielfach in anderen Ländern, welche die französische Prozeßgesetzgebung einführen wollten,[19]) bemerkbare Ansicht, daß man der mündlichen Verhandlung in der öffentlichen Sitzung ein schriftliches Vorverfahren als die Grundlage für das spätere Verfahren mit Einwirkung der Gerichte vorhergehen lassen müßte, siegte auch in der damaligen, noch jetzt geltenden, preußischen Gesetzgebung. Die in den Jahren 1848 und 49 ergangenen Gesetze verbesserten die Gerichtsverfassung. Auf diese Art besitzt Preußen kein vollständiges aus einem Gusse hervorgegangenes Gesetzbuch. Die alte Prozeßordnung dauert theilweise neben den durch die Gesetze von 1833 und 1846 eingeführten Verfahrungsarten fort, und es kann nicht befremden,

---

16) Ueber den Inhalt des Gesetzbuchs und die darauf sich beziehenden Commentare s. dies Archiv Bd. 37, S. 159, 270. Bd. 38 S. 276.

17) S. darüber dies Archiv Bd. 28 S. 118.

18) S. darüber und über darauf sich beziehende wichtige Schriften dies Archiv Bd. 30 S. 266.

19) In dieser Beziehung nennen wir das Prozeßgesetzbuch für Griechenland vom 14. April 1834, das für den Kirchenstaat vom 10. Nov. 1834, das für Portugal vom 13. Jan. 1837, das für das Königreich Holland von 1837. Nachweisungen darüber in meiner Schrift: Der gemeine deutsche Prozeß, I. Bd. S. 89.

wenn über den Mangel eines vollständigen, klaren Civilprozeß-buchs in Preußen vielfache Klagen laut werden.[20]) Seit dem Jahre 1848 und 1849 wurden die Forderungen der Einführung eines mündlichen Verfahrens in allen deutschen Staaten dringender. Hier zeigte sich aber die Halbheit der Gesetzgebung am klarsten. Man glaubte völlig genug gethan zu haben, wenn man im Wesentlichen das bisherige schriftliche Verfahren mit einigen auf Verbesserung berechneten neuen Vorschriften fortbestehen ließ, jedoch nach beendigtem Schriftwechsel eine sogenannte mündliche Schlußverhandlung einführte, so daß aus den Schriften ein Referent einen Auszug des thatsächlichen Vorbringens vorträgt und dann die Advokaten das Recht haben, die ihnen nöthig scheinenden Rechtsausführungen mündlich in der Sitzung vorzutragen. Die Erfahrung gibt dieser Einrichtung kein gutes Zeugniß, indem die Advokaten ihre Vorträge dann nicht für nöthig halten,[21]) und auf diese Art die sogenannte Mündlichkeit nur eine hohle Form wird. In neuester Zeit ist zwar ein großer Schritt dadurch geschehen, daß auch in dem Entwurf für das Königreich Sachsen die Nothwendigkeit, das Verfahren auf Mündlichkeit zu bauen, anerkannt ist, allein mit Recht hat ein sehr erfahrener sächsischer Praktiker, Busch[22]) bemerkt, daß in dem neuen Entwurf zu sehr die Mündlichkeit in den Hintergrund tritt und der Schriftlichkeit ein zu großer Einfluß eingeräumt ist.

Der wichtigste Wendepunkt in der deutschen Gesetzgebung ist in der neuen hannover'schen Prozeßordnung eingeführt worden. Es war in Hannover der redliche Wille, das neue Gesetzbuch auf die Grundlage der französischen Prozeßordnung zu bauen; allein nicht eine blinde Nachahmung zum Grunde zu legen, vielmehr die Verbesserungen, welche in Bezug auf das französische Verfahren in einzelnen Staaten eingeführt oder in Frankreich selbst vorgeschlagen wurden, sowie die Erfahrungen

20) Wir verweisen auf die Aufsätze in der preuß. Gerichtszeitung 1860. Nr. 10 u. 95. Das beste Bild des gegenwärtigen Rechtszustandes im Prozesse in Preußen liefert die Civilstatistik. Nachweisungen darüber habe ich geliefert in diesem Archiv, Bd. 43 S. 256.

21) Nachweisungen darüber dies Archiv Bd. 36 S. 146.

22) In diesem Archiv Bd. 44 S. 31.

überhaupt und namentlich die tief eingreifenden im Gesetz für Genf eingeführten Verbesserungen zu benützen, überall aber dem deutschen Gerichtsgebrauche, soweit er mit den neuen Grundlagen verträglich ist und den einheimischen Bedürfnissen sich anzuschließen, vorzüglich zu berücksichtigen, daß bei der Einführung eines völlig neuen Verfahrens in einem Lande, in welchem bei den Richtern und Anwälten eine klare Kenntniß der Operationen des französ. Verfahrens nicht vorausgesetzt werden konnte, es nothwendig sein würde, manche Punkte, deren Regelung in Frankreich durch langen Gerichtsgebrauch allgemein bekannt war, durch genaue Vorschriften zu ordnen, und Richtern und Anwälten Anweisungen für ihr Verfahren zu geben, zugleich in Bezug auf das schriftliche Vorverfahren nicht so weit zu gehen, wie das französische Gesetzbuch, vielmehr dem Gerichte eine gewisse Dazwischenkunft, um Mißbräuchen vorzubeugen, einzuräumen.[23]) Die hannover'sche Prozeßordnung, die zugleich mit einer neuen passenden Gerichtsverfassung im Einklang stand, hat sich nun im Leben vorzüglich bewährt. Wir verdanken in dieser Beziehung höchst wichtige Nachweisungen über die Erfahrungen, die in Hannover gemacht wurden, einem tüchtigen hannover'schen Anwalte, Oppermann[24]) und einem württembergischen Juristen, Breitling[25]), der in Hannover sich längere Zeit aufhielt, um die Erfahrungen über das Gesetz zu sammeln, und außer der eigenen Beobachtung in den Sitzungen den Vortheil hatte, die Berichte der hannover'schen Gerichtspräsidenten an das Ministerium benützen zu können. Nicht weniger bedeutend ist eine Reihe von Aufsätzen, welche von hannover'schen Praktikern theils in einer werthvollen hannov. Zeitschrift[26]), theils in der preußischen Gerichtszeitung[27]) über

23) Ueber den Charakter der hannov. Prozeßordnung s. d. Archiv Bd. 33 S. 121.

24) In diesem Archive B. 37 S. 442. Bd. 38 S. 14 u. 238.

25) In diesem Archive Bd. 43 Nr. 14, Bd. 44 Nr. 13, Bd. 45 Nr. 2.

26) Magazin für hannov. Recht. Hannover (herausgegeben von Leonhardt, Düring, Wachsmuth seit 1860 als neues Magazin Hannover. Wir werden auf die einzelnen Aufsätze zurückkommen.

27) Preußische Gerichtszeitung von Hirsemenzel 1861, Aufsatz von Plank in Nr. 43, 45, von Gerding in Nr. 59, von Schmidt in Nr. 87, 88.

einzelne wichtige in Hannover gemachte Erfahrungen veröffentlicht wurden. Auch auf den beiden deutschen Juristentagen [28]) war der hannover'sche Prozeß vielfach Gegenstand der Verhandlungen. Eine sehr wichtige Schrift aber verdankt man Herrn Leonhardt, dem Hauptverfasser der Prozeßordnung, welcher unter Benützung der Akten des Justizministeriums die bisherigen Erfahrungen mittheilte und die zu treffenden Verbesserungen andeutete. [29]) Wir werden bei der Prüfung der einzelnen Punkte auf die in diesen Schriften enthaltenen Erörterungen zurückkommen.

Auch in Braunschweig wurde das öffentliche mündliche Verfahren der neuen Civilprozeßordnung vom 19. März 1859 zum Grunde gelegt, jedoch wollte man nicht so weit gehen als der französische Prozeß [30]), insbesondere sollte die richterliche Prozeßleitung, weil man glaubte, daß der französische Prozeß, indem er im Vorverfahren nur zwischen den Anwälten verhandeln läßt, zu weit geht, beibehalten werden, indem man es für vortheilhafter erkannte, wenn dem Gerichte eine Einwirkung auf die Leitung des Verfahrens zur Pflicht gemacht wird, und es Gelegenheit erhält, auf die vollständige Instruktion des Prozesses hinzuarbeiten. Auch die Eventualmaxime sollte im neuen Gesetze beibehalten werden. [31]) In Bezug auf die Erfahrungen in Braunschweig verdient eine dort erscheinende Zeitschrift Beachtung. [32])

---

28) In den Verhandlungen des 2. deutschen Juristentags von Waldeck S. 1 von André S. 36, von Plank S. 66, Plathner S. 117.

29) Das Civilprozeßverfahren des Königreichs Hannover. Ein Beitrag zur deutschen Civilprozeßgesetzgebung, bearbeitet von Leonhardt. Hannover 1861.

30) Es ist merkwürdig, daß nach dem Willen der Regierung das neue Gesetz nur den Charakter eines provisorischen haben sollte, daher heißt es auch in § 1 der neuen Prozeßordnung: Gegenstand dieser Prozeßordnung ist das Verfahren in Civilprozessen, das Prozeßrecht bleibt bestehen, soweit es nicht durch die nachfolgenden Bestimmungen abgeändert ist. Sehr zu empfehlen ist der Ausschußbericht von Degener über die Prozeßordnung, abgedruckt in seiner Schrift: Die größeren Justizorganisationsgesetze für Braunschweig. Braunschw. 1850 II. Bd. S. 113.

31) Man berief sich darauf, daß die Erfahrungen der westphälischen Prozeßordnung in dieser Beziehung sehr günstig seien.

32) Zeitschr. f. Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig, herausgeg. von Gotthard und Koch. Braunschweig. Bis jetzt 8 Bände.

Wie vorsichtig eine Gesetzgebung sein muß und wie oft gegen den Willen des Gesetzgebers in der Praxis ein von ihm nicht erwartetes Ergebniß eintritt, lehrt die braunschweig'sche Prozeßordnung, in der man ein abgekürztes Verfahren einführte, was die Folge hatte, daß bei vielen Kreisgerichten das ordentliche Verfahren nur zur Ausnahme wurde.[33]) In Oldenburg dagegen gewann das öffentlich-mündliche dem französischen nachgebildete Verfahren eine größere Bedeutung. Auch hier hatte man zwar Anfangs in einer gewissen Angst, daß die Gründlichkeit leiden könnte, nicht entschieden dem hannover'schen Gesetzbuch sich anschließen wollen. Ein Gesetz über die Gerichtsverfassung vom 29. Aug. 1857 in einem entschieden guten Geiste bearbeitet kam zwar zu Stande, allein in Bezug auf das Verfahren hielt man in dem 1856 vorgelegten Entwurfe noch an der richterlichen Prozeßleitung fest, indem man nach den Motiven[34]) es für bedenklich hielt, dem französisch-hannover'schen System den Vorzug zu geben, und um die Eventualmaxime zu retten es als zweckmäßiger betrachtete, wenn die Sache in thatsächlicher Beziehung unter Leitung des Gerichts vollständig instruire und dann erst eine mündliche Schlußverhandlung auf der Grundlage des schriftlichen Verfahrens eintrete, und in der Sitzung der Vorsitzende den thatsächlichen Inhalt der schriftlichen Verhandlung und die Anträge der Parteien vorzutragen hätte, worauf die Anwälte die rechtliche Begründung der Anträge geben könnten.[35]) In dem hierauf den Kammer vorgelegten neuen Entwurf[36]) wurde auch dies System einigermaßen verlassen. Merkwürdig ist noch, daß im Ausschusse selbst unter den Mitgliedern vielfach eine Verschiedenheit der Ansichten war, in welchem Sinne man die Mündlichkeit des neuen Verfahrens aufzufassen habe und wie weit das oldenburgische Gesetz von dem hannover'schen abweiche.

---

33) Die Verhandlungen darüber vom J. 1853 f. in diesem Archiv, Bd. 38 S. 299.

34) Ueber den damaligen oldenburg. Entwurf s. die Mittheilungen in diesem Archiv, Bd. 39 S. 386 u. 400.

35) Der Verfasser hat gegen diese ungenügende Mündlichkeit sich schon damals im Archiv erklärt. Bd. 39 S. 415.

36) Dies Archiv, Bd. 41 S. 79 u. 217.

Der richterlichen Prozeßleitung auch in dem schriftlichen Vorverfahren ist noch ein zu großer Einfluß gegeben, und die Mündlichkeit nicht in dem Sinne wie in Frankreich aufgenommen; übrigens haben wir ein höchst günstiges Zeugniß über das neue Verfahren von einem der bedeutendsten oldenburgischen Juristen [37]). Nicht unerwähnt müssen wir hier schon lassen, daß in Oldenburg selbst unter den Praktikern eine auffallende Verschiedenheit der Auffassung der Bedeutung des mündlichen Verfahrens vorkommt.[38]) Um den ganzen Reichthum des Materials über die Abfassung eines Civilprozeßgesetzbuchs kennen zu lernen, darf der mit solchen Arbeiten Beschäftigte wichtige in Italien vorgekommene Verhandlungen und Erfahrungen um so weniger unbeachtet lassen, als in Italien zuerst die Grundlagen des heutigen gemeinen deutschen Prozesses entwickelt und fortgebildet wurden und später die französische Prozeßgesetzgebung einen Einfluß auf die italienische erhält.

Eine Reihe merkwürdiger Verhandlungen über die Civilprozeßgesetzgebung wurde durch das neue Prozeßgesetz für Piemont vom November 1859 veranlaßt. Die Regierung war durch die Beschlüsse der Kammern bei der Annahme der früheren Prozeßordnung, deren Revision gefordert wurde, zur Vorlage eines neuen Entwurfs genöthigt. Die in den oben angeführten Commissionsberichten der Kammer in Bezug auf nothwendige Verbesserung angedeuteten Vorschläge und die in der Zwischenzeit gesammelten Erfahrungen wurden benützt, und einer von der Kammer ertheilten Ermächtigung gemäß verkündete die Regierung, nachdem sie die Anträge einer Commission vernommen hatte, die Prozeßordnung, welche zwar an die Prozeßordnung von 1855 sich anschließt,

---

37) Von dem oldenb. Obergerichtspräsidenten v. Buttel, in diesem Archiv Bd. 43 S. 86. Empfohlen muß auch werden die Benützung einer oldenb. Zeitschrift für die Praxis des in Oldenburg geltenden Rechts. Oldenburg. Bis jetzt 8 Bde., worin interessante Abhandlungen und Entscheidungen über wichtige Fragen der neuen Gesetzgebung vorkommen.

38) Eine Reihe von Verhandlungen darüber, veranlaßt durch die von dem Oberappellationsrath Becker in seinem Commentar zur Prozeßordnung gegebene Auslegung der einzelnen Vorschriften findet sich in dem genannten Archiv Bd. 6 S. 3 – 73.

aber vielfach wesentliche Verbesserungen enthält.[39]) In der Zwischenzeit war das Königreich durch die bekannten Kriegsereignisse bedeutend erweitert, die Regierung wünschte, daß die Prozeßordnung auch auf alle neuerworbenen Gebietstheile, daher auf die Lombardei, Parma, Modena, Toskana, ehemalige Gebiete des Kirchenstaats und auf Neapel ausgedehnt werden sollte; hier trat aber eine unerwartete Erscheinung ein, nämlich ein fast allgemeines Widerstreben gegen die neuen Gesetze, indem man wohl mit Recht geltend machte, daß eine solche von der Regierung einseitig aufgedrungene Gesetzgebung dem konstitutionellen System und der Forderung aller Gebietstheile widersprechen würde, daß ein neues so wichtiges Gesetzbuch von den Abgeordneten aller Provinzen berathen und angenommen werden müßte. In den neuerworbenen Ländern bestanden auch bisher schon neue Prozeßgesetzbücher und die Juristen jener Länder behaupteten vielfach, daß die bisherigen Gesetze in vielen Bestimmungen besser wären, als das neu aufgedrungene Gesetzbuch von Piemont; nur die Juristen in der Lombardei gaben zwar zu, daß das bisherige österreichische Gesetzbuch wesentliche Mängel hätte, konnten sich aber doch mit der neu vorgeschlagenen Prozeßordnung Piemonts nicht befreunden. Auf diese Art brach in Italien ein geistiger Kampf aus, in welchem die wichtigsten Fragen der Prozeßgesetzgebung Gegenstand von bedeutenden wissenschaftlich praktischen Erörterungen wurden, in denen man die bisherigen Einrichtungen mit dem Gesetzbuch von 1859 verglich, die Mängel des letzteren hervorhob und die gemachten Erfahrungen angab. Vorzüglich war der Kampf gerichtet 1) gegen die Art des schriftlichen Vorverfahrens, wie es das Gesetz von Piemont einführen wollte; es wurde dabei offen ausgesprochen, daß es höchst gefährlich sein würde, so viel wie in Frankreich und Piemont den Gerichtsvollziehern zu überlassen, während es als nothwendig erklärt wurde, daß das Gericht schon auf das schriftliche Vorverfahren einen geeigneten Einfluß ausübe. 2) Man versuchte nachzuweisen, daß durch das neu vorgeschlagene Verfahren die Gründlichkeit der Entscheidungen leiden würde, indem so oft in der Gerichtssitzung ein von dem Vor-

39) Sie sind mitgetheilt in diesem Archiv Bd. 43 S. 397.

bringen in dem schriftlichen Vorverfahren abweichendes Angriffs- und Vertheidigungssystem vorkommen und es dann an der nöthigen Vorbereitung fehlen würde. Man behauptete auch, daß durch das bloße Anhören mündlicher Vorträge die Richter nicht hinreichend in den Stand gesetzt wären, gründlich zu entscheiden.[40]) 3) Vielfach wurden Einwendungen geltend gemacht gegen die Ausdehnung, welche das Gesetz von 1859 nach dem Vorbilde Frankreichs der Staatsanwaltschaft im Civilprozesse geben wollte. 4) Vorzüglich waren die Stimmen gegen die Ausschließung der dritten Instanz und gegen den Cassationshof gerichtet.[41]) Das Ministerium in Turin konnte gegen solche Angriffe nicht gleichgültig bleiben; es war genöthigt, Commissionen anzuordnen, um die Modificationen zu berathen, unter welchen die Gerichtsverfassung und Prozeßordnung von 1859 in den einzelnen Gebietstheilen eingeführt werden könnte. Die in dieser Beziehung in juristischen Zeitschriften Italiens, namentlich in der Zeitschrift: La Legge[42]) und Monitore dei tribunali[43]) erschienenen Abhandlungen über die Verbesserung des Civilprozesses, die an die Commissionen gerichteten Anträge und die Beschlüsse und Berichte der letzteren verdienen ebenso wie viele bei dieser Gelegenheit erschienenen Schriften[44]) die Aufmerksamkeit eines Jeden, der mit Civilprozeßgesetzgebung sich beschäftigt. Besonders erfreulich ist es, zu bemerken, daß mehrere italienische Juristen in ihren Arbeiten die Leistungen der neuen deutschen Gesetzgebung hervor-

---

40) Sehr zu beachtende Erörterungen über die Punkte 1 u. 2 in der Zeitschrift monitore dei tribunali 1861 Nr. 36, 37, 38.

41) Wir haben bereits in diesem Archiv Bd. 44 S. 304—309 auf die in den ital. Zeitschriften enthaltenen Aufsätze aufmerksam gemacht.

42) Ueber diese Zeitschrift dies Archiv 44. B. S. 307, besonders belehrend sind die Verhandlungen über die Ausdehnung der neuen Gesetzbücher auf alle neuen Gebietstheile, la Legge 1861 Nr. 43, 47, 57, 77, 106.

43) Darüber dies Archiv 44. Bd. S. 306. In Diesem wie in der Zeitschrift la legge herrscht ein wahrer wissenschaftlicher Geist und das unparteiische Streben, mit den deutschen rechtswissenschaftlichen Forschungen die Italiener bekannt zu machen.

44) Wir empfehlen vorzüglich die Schrift von Giurati la cassazione e la terza-istanza-Torino 1861 und Corvi sull ordinamento giudiziario in Lombardia in rapporto co l'Codice di procedura Milano 1861.

heben und z. B. die hannoverische Prozeßgesetzgebung als die beste empfehlen.[45]) Werthvoll sind vorzüglich die Mittheilungen über die Erfahrungen, welche in den einzelnen Staaten Italiens in Bezug auf die bisher in Uebung befindlichen Prozeßgesetzbücher in den neuen Schriften enthalten sind.

Zu den wichtigsten Erscheinungen in Ansehung der Frage, auf welche Grundlagen die neue Civilprozeßordnung in Deutschland gebaut werden soll, gehören die neuen Entwürfe zu Civilprozeßgesetzbüchern für Baiern und für Oesterreich. Beide Arbeiten stimmen im Wesentlichen darin überein, daß sie als Grundlagen die in der französischen Gesetzgebung vorkommenden Grundsätze aufnehmen, jedoch sie den Bedürfnissen und den Erfahrungen Deutschlands anpassen, daher manche Einrichtungen, die in der französischen Gesetzgebung vorkommen, nur mit wesentlichen, deutschen Zuständen entsprechenden Modifikationen anzunehmen. Die Gesetzgeber mußten erwägen, daß für manche im französischen Gesetzbuche vorkommenden, aus der alten französischen Rechtsübung erklärbaren, Einrichtungen es in Deutschland an den nothwendigen Anschauungen fehlen würde, daß auch Lücken, die vielfach in Code vorkommen und in Frankreich durch die Rechtsübung ausgefüllt werden, in deutschen Staaten ergänzt werden mußten. Da in Frankreich Vorschriften über die Beweismittel im Civilgesetzbuch vorkommen, so konnten diese in den deutschen Prozeßgesetzbüchern nicht übergangen werden. Ueberall ergibt sich auch eine Schwierigkeit bei Einführung neuer Grundlagen in der Prozeßgesetzgebung dadurch, daß das Verfahren im nächsten Zusammenhang mit dem ganzen Rechtssystem des Civilrechts steht und es nicht leicht ist in Deutschland beide in Einklang zu bringen. Eine neue deutsche Prozeßgesetzgebung konnte auch die vielfachen und bedeutenden Ergebnisse der deutschen Rechtswissenschaft in Bezug auf Prozeß nicht unbeachtet lassen. Bei der Bearbeitung der beiden Gesetzbücher schwebte mit Recht die hannoverische Prozeßgesetzgebung als ein wichtiges Vorbild vor. In Bezug auf die

45) Besonders machen wir aufmerksam auf die noch für den deutschen Prozeßgesetzgeber wichtige Abhandlung von Maltini über Beweisinterlocute in der Zeitschrift la Legge 1862 Nr. 23, 24.

bayerische Gesetzgebung muß bemerkt werden, daß in den seit 1825 den Kammern vorgelegten Entwürfen immer schon eine mündliche Schlußverhandlung aufgenommen, im Wesentlichen aber das bisherige schriftliche Verfahren zum Grunde gelegt war. Nur in dem von Mollitor, der mit dem französischen Prozesse genau bekannt war, 1847 bearbeiteten Entwurf war der Grundsatz der Mündlichkeit (jedoch noch immer mit einem überwiegenden Einfluß des schriftlichen Verfahrens) aufgenommen. Erst 1848 wurde durch das Grundlagengesetz ausgesprochen, daß nach den Grundsätzen des französischen Prozesses das neue Verfahren gestaltet werden sollte. Bayern befand sich in der glücklichen Lage, daß in einem Theile des Königreichs, nämlich in der Rheinpfalz der französische Prozeß Gesetzeskraft hatte, aber wegen besserer Besetzung der Stellen, wegen der zweckmäßigen Vereinigung der Stellung des Anwalts und Advokaten und wohl überhaupt durch den Einfluß des deutschen Charakters und der deutschen Rechtsbildung viel besser als in Frankreich selbst sich bewährte und entschieden die Stimme des Volkes für sich hatte. Bayern hatte den Vortheil, daß immer mehr auch in den nicht-rheinischen Landestheilen Ansichten des französischen Prozesses bekannt wurden und es auch in München nicht an Juristen fehlte, die gründlich den rhein-pfälzischen Prozeß kannten und ihre Stimmen bei der Bearbeitung eines neuen Gesetzbuchs für Bayern abgeben konnten. Vortheilhaft war es auch, daß in neuerer Zeit mehrere tüchtige Praktiker in besonderen Schriften den wahren Charakter, die Vorzüge des pfälzischen Verfahrens mit Angabe von Erfahrungen entwickelten, wie Dies in den Schriften von Zink[46]), Paraquin[47]) und Bomhard[48]) zu bemerken ist. Vorzüglich war der Letztere durch seine langjährige Theilnahme bei den pfälzischen

46) Ueber die Ermittelung des Sachverhalts im französ. Civilprozesse von Zink. München 1860 II Bd.

47) Die französische Gesetzgebung dargestellt von Paraquin III. Die bürgerliche Prozeßordnung München 1861.

48) Die Civilrechtspflege in der bayer. Pfalz verglichen mit der Schrift v. Zink, von Bomhard, München 1861. Zu vergleichen ist damit die Anzeige eines tüchtigen pfälz. Juristen in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern VIII S. 294.

Gerichten an der Rechtspflege in der Lage, wichtige Erfahrungen anzugeben und oft gehörten Einwendungen entgegenzuwirken. Der bayerische Entwurf (aus 1177 §§) ist ausführlicher als der französ. Code, da er nach den in Frankreich fehlenden Vorschriften über die Parteien, Sachlegitimation, Streitgenossenschaft, Beiladung (art. 44—61) in Bezug auf Regelung des Verfahrens Bestimmungen über Einzelnheiten (125—199, 204—229) und Vorschriften, wie sie in Frankreich im bürgerlichen Gesetzbuche vorkommen, über die einzelnen Beweismittel (278—447) enthält. Die Motive (S. 546) stellen klar 12 leitende Grundsätze auf, welche in dem Entwurfe durchgeführt werden sollen. Dahin gehört vorzüglich die Mündlichkeit des Verfahrens mit vollständiger Durchführung der darin bedingten Unmittelbarkeit vor den urtheilenden Richtern. Es ist der Wille der Gesetzgebung, daß der Schwerpunkt des Verfahrens in die Schlußverhandlung [49]) fällt, woraus die nothwendige Folge sich ergibt, daß soweit ein schriftliches Vorverfahren stattfindet, dieses nicht zur endlichen Feststellung des Streitpunkts in der Hauptsache, vielmehr nur zur Vorbereitung der Schlußverhandlungen dienen kann. Der Entwurf erkennt, daß in Bezug auf die im ordentlichen Verfahren vor Kollegialgerichten verhandelten Sachen eine möglichst vollständige Vorbereitung der Hauptverhandlung mittelst eines angeordneten schriftlichen Vorverfahrens im Interesse der Parteieen und der Förderung der Justiz liegt. Der Entwurf beruht auf der Ansicht, daß die im Vorverfahren einzureichenden Schriften nicht wie Prozeßschriften in dem bisherigen Sinne betrachtet werden dürfen und daß außer der nothwendig einzureichenden Klagschrift die übrigen Schriften nicht wesentlich sind. Der Art. 227 spricht die Idee, auf welcher das neue Verfahren beruhen soll, klar aus. [50]) Mit

---

49) Man muß wünschen, daß dieser Ausdruck aus dem Gesetze und selbst aus amtlichen Erklärungen der Regierung wegfalle, weil er die irrige leider auch im Strafprozesse oft vorkommende Voraussetzung begünstigt, daß diese Verhandlung nur eine Rekapitulation der vorausgegangenen Verhandlungen und diese letzteren ein Theil der Gesammtverhandlungen seien

50) Der Art. 227 lautet: Das im gegenwärtigen Hauptstücke angeordnete schriftliche Vorverfahren unter den Parteien dient blos zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung. Unbeschadet der besonders verhängten Nachtheile werden

Recht hat der Entwurf (Motive S. 650) wegen der Unterlassung der Schriften keine Präclusivfolgen angeordnet. Der Entwurf nimmt zwar keine richterliche Prozeßleitung an, und erkennt, (S. 554 der Motive), daß die Prozeßführung den Parteien im Bereich ihres Verfügungsrechts überlassen und die Betreibung der Sache ihnen anheimgegeben werden muß, soweit nicht besondere Rücksichten die Dazwischenkunft des Richters erfordern. Dies Prinzip der freien Bewegung der Parteien muß auch nothwendig andere Vorschriften, als sie bisher vorkommen, in Bezug auf die Prozeßfristen herbeiführen. (Entw. § 91.) Man würde aber sehr irren, wenn man das im Entwurf vorgeschriebene Vorverfahren dem im französischen Rechte vorkommenden Verfahren zwischen Anwälten gleichstellte. Der Gesetzgeber fühlte die Nothwendigkeit, die Parteien mehr als es in Frankreich geschieht, gegen die Willkür der Anwälte und Ungeschicklichkeit der Gerichtsvollzieher sicher zu stellen. Darauf bezieht sich der Art. 204, welcher (wie in der westphälischen Prozeßordnung, eine von einem Anwalt zu verfertigende Klagschrift verlangt, und Das, was sie enthalten soll, so klar vorschreibt, daß dadurch eine gute Grundlage des Prozesses gesichert ist. Um eine Controle der Gerichte möglich zu machen, schreibt Art. 207 vor, daß alle Sachen, die bei einem Gericht anhängig werden, nach der Reihenfolge der Anmeldung in ein vom Gerichtsschreiber unter Aufsicht des Gerichtsvorstands zu führendes Verzeichniß einzutragen sind. Nach Art. 208 hat der klägerische Anwalt binnen 8 Tagen nach Ablauf der Vorladungsfrist die Sache bei dem Gericht zur Eintragung in das Hauptverzeichniß anzumelden. Der Art. 209 schreibt genauer, als Dies in Frankreich vorkömmt, vor, was die

---

daher durch den Ablauf der für dasselbe festgesetzten Fristen die dort vorgesehenen Verhandlungen nicht ausgeschlossen, und eben so wenig finden die Anträge der Parteien bei der mündlichen Verhandlung darin eine Beschränkung, daß dieselben im schriftlichen Vorverfahren nicht geltend gemacht wurden. Dagegen hat die Partei, welche eine Verzögerung des Prozesses durch verspätete oder unvollständige Schriftsätze und Anträge verschuldet, für die hieraus entstehenden Nachtheile einzustehen. Insbesondere sind der säumigen Partei die Kosten zu überbürden, wenn in solchen Fällen die Vorbereitung des gegnerischen Anwalts eine Vertagung nothwendig macht.

Antwort des Beklagten auf die Klage in Bezug auf die Einlassung und den Vortrag der Einreden enthalten muß. Der oben schon angeführte Art. 227 sichert der Partei die durch Verzögerung des Prozesses wegen Verspätung oder Unvollständigkeit der Schriftsätze und Anträge Nachtheile leidet, zu, daß die säumige Partei die Kosten tragen muß, wenn eine Vertagung anzuordnen ist. Nach Art. 229 hat das Gericht zu wachen, daß die anhängigen Prozesse von den aufgestellten Anwälten möglichst gefördert werden und bei wahrgenommenen Verzögerungen der Vorstand geeignete Maßregeln ergreift. Die §§ 1169, 1170 drohen aber auch Ordnungsstrafen den Anwälten und Gerichtsvollziehern im Falle gewisser im Gesetz bezeichneter Verschuldungen. Daß der Gesetzgeber den Willen hat, zu bewirken, daß regelmäßig durch das Vorbringen in dem schriftlichen Vorverfahren die Grundlage für die mündliche Verhandlung gegeben wird, ergibt sich aus dem Art. 156—158 über die Aenderung der Klage, indem der Beklagte als befugt erklärt wird, sich jeder nach der Vernehmlassung erfolgenden Aenderung der Klage in ihrem Hauptgegenstande oder in ihrer thatsächlichen Begründung, oder im Gesuche insoferne es sich um eine Erweiterung des letzteren in ihrer Hauptsache handelt, zu widersetzen.[51]) Eine sehr zweckmäßige Vorschrift enthält der Art. 218, indem er die im franz. Rechte, zwar nicht im Code, aber doch durch ein besonderes Gesetz vorgeschriebenen motivirten Conclusionen einführt, und bestimmt, daß wenigstens 3 Tage vor der zum ersten Aufruf der Sache bestimmten Sitzung die Anwälte sich wechselseitig motivirte Anträge zustellen lassen sollen, welche zunächst als Grundlage für die bevorstehende mündliche Verhandlung zu dienen haben. Einen besonderen Werth legt der Entwurf darauf, daß die Richter ihre

51) Der Art. 157 bestimmt: Als Aenderung der Klage ist es nicht zu betrachten, wenn die Erhöhung des Betrages der in der Klageschrift aufgestellten Forderung sich als eine richtigere Berechnung aus den Ansätzen der Klageschrift darstellt, oder wenn die Forderung des Mehrbetrages keinen Anlaß zu einer neuen von dem Inhalte der Klagebeantwortung wesentlich abweichenden Vertheidigung enthält, oder wenn statt der ursprünglich geforderten Sache, wegen der Veräußerung oder des Unterganges derselben, die Leistung der Entschädigung gefordert wird.

ungetheilte Thätigkeit, ihrem eigentlichen Berufe zu richten, widmen können. Daß ungeachtet des anerkannten Prinzips der freien Bewegung der Parteien die Richter zuweilen auch nach dem Entwurf Art. 32, 35, 54, 66, 124, 131, 161, 240, von Amtswegen zu handeln ermächtigt werden, rechtfertigt sich ebenso wie die im Interesse der Ordnung des Verfahrens und nach dem Prinzip der Freiheit der Parteien vorkommende Vorschrift (Motive S. 560), daß vor den Collegialgerichten in der Sitzung der Parteien auch Anwälte vertreten werden müssen; nur ist die glücklicherweise in der Pfalz bereits verschwundene Trennung von Anwalt und Advokaten nicht aufgenommen. Für nothwendig erachtete der Entwurf (Motive S. 547) die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft auch im Civilprozesse anzuordnen.[52])

Als eine würdige Auffassung der Bedeutung des Civilprozesses erscheint es, daß (Motive S. 554) der Gesetzgeber davon ausgeht, daß der Prozeß auf sittlicher Grundlage sich gestalten und bewegen müsse und die Rechtshülfe des Staats an die Voraussetzung eines redlichen Kampfes der Parteien auf dem Boden wahrer Thatsachen geknüpft sein muß, daher der Richter als Organ der Staatsgewalt nicht zu einer rein passiven Stellung genöthigt, vielmehr in gewisser Weise zu selbstthätigem Eingreifen befugt werden muß.

Wir halten es im Interesse der Klarheit unserer Prüfung des bayerischen Entwurfs für zweckmäßig, vorerst auf die bisherige Darstellung uns zu beschränken und erst unten nach der Prüfung der bisher angeführten Punkte die übrigen Theile des Entwurfs darzustellen und zu prüfen. Erfreulich ist es nun, zu bemerken, daß auch der für Oesterreich bearbeitete Entwurf einer Civilprozeßordnung im Wesentlichen auf den nämlichen Grundlagen wie der bayerische beruht. Die österreichische Gerichtszeitung hat bereits im Jahre 1861, Nr. 34, die Grundzüge der neuen Prozeßordnung veröffentlicht.

Seit dieser Zeit sind diese Grundzüge in Oesterreich selbst

---

52) Alle diese einzelnen Punkte müssen unten Gegenstand einer besonderen Prüfung werden.

Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen geworden [53]) und fanden im Wesentlichen überall Billigung. Vorzüglich verdient eine neue, von einem ebenso praktisch wie wissenschaftlich gebildeten Juristen erschienene Schrift [54]) Beachtung. Sie behandelt vom Standpunkte des Gesetzgebers aus die wichtigsten Fragen über die in Bezug auf die Civilprozeßgesetzgebung der Gesetzgeber mit sich im Reinen sein muß. Insbesondere ist vortrefflich das Prinzip der Mündlichkeit in seiner Hauptbedeutung erörtert und darin erkannt, daß jeder Versuch, den Schwerpunkt in den schriftlichen Theil des Prozesses zu legen vielfache Nachtheile erzeugt. [55]) Auf diese Art erklärt die Schrift, daß nur allein dem mündlich Vorgebrachten eine prozessualische Wirkung beigelegt und nur das so Vorgetragene der Entscheidung zu Grund gelegt werden darf. Die Schrift spricht sich mit gewichtigen Gründen für das System der Anticipation der Beweise aus, erklärt sich aber gegen die französische Einrichtung, das Vorverfahren nur ohne Mitwirkung der Gerichte zwischen Anwälten durch Gerichtsvollzieher führen zu lassen, und entwickelt den Grundsatz, daß die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Civilprozesse weder im Bedürfnisse liege, noch wahren Vortheil gewähre. Diesen Ansichten entspricht der neuerlich ausgearbeitete Entwurf für Oesterreich. Auch er schreibt Art. 122 als nothwendig eine schriftlich durch einen bevollmächtigten Advokaten einzureichende Klage vor, und nach § 125 darf der Kläger im Laufe des Verfahrens den Gegenstand und den Rechtsgrund seiner Klage nicht ändern. Von dem bayerischen Entwurf aber weicht der österreichische dadurch ab, daß in dem letztern die Geschäftsvermittelung zwischen Gerichten und Parteien zur Amts-

53) s. besonders einen Aufsatz von Kromer in der österr. Gerichtszeitung, 1826 Nr. 4—6, und von Kißling in der Schrift: Grundzüge der künftigen Justizverfassung mit Motiven. Wien 1862.

54) Denkschrift über einige Hauptfragen, betreffend die neue bürgerliche Prozeßordnung. Wien 1862.

55) Trefflich sagt der Verf. S. 5: Wie sollte man sich von der Leitung und Concentrirung der Verhandlung von dem Fragerecht eine besondere Wirkung erwarten, wenn das ganze Streitmaterial bereits fertig in den Schriften vorliegt? Der Geist der Chikanen, Umtrieben und Abläugnungen, welcher in den Schriften des Vorverfahrens seine Herrschaft fortan ausüben wird, wird auch auf das Gebiet der mündlichen Verhandlung hinübergreifen.

ſache der Gerichte gemacht wird. Daher muß die Klagſchrift ſchon bei Gericht übergeben werden, welches ſie dem Beklagten zur Beantwortungsſchrift mittheilt, für welche das Geſetz genaue Vorſchriften enthält, über Einlaſſung auf die Klage und über die Pflicht des Beklagten gleichzeitig alle Einwendungen vorzutragen, wodurch er die Anſprüche des Klägers ablehnen oder für immer entkräften zu können glaubt; nur prozeßhindernde Einreden § 136, 137 können vorläufig und abgeſondert von der Hauptſache angebracht werden. Auch die Beantwortungsſchrift, mit welcher in der Regel das ſchriftliche Vorverfahren geſchloſſen iſt, muß bei dem Gerichte eingereicht werden, welches ſie dem Kläger zuſtellt mit Beſtimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung.

Die Prüfung der vorliegenden Entwürfe wird am beſten dadurch erleichtert, wenn wir uns über weſentliche Vorfragen verſtändigen. Es kann nicht genug die Schwierigkeit hervorgehoben werden, wenn in einem Staate eine auf völlig neue, den bisherigen ganz entgegengeſetzten Grundlagen gebaute Prozeßordnung eingeführt werden ſoll, und wo auf ein Verſtändniß des Neuen weder von Seite der Richter noch von der der Anwälte gerechnet werden kann, ja ſelbſt gewiſſen Beamten, von denen man bisher eine ganz andere Vorſtellung hatte, im neuen Verfahren eine wichtige Stellung angewieſen werden ſoll.

I. Vor Allem bedarf es einer gehörigen Verſtändigung über das Weſen der neu einzuführenden Mündlichkeit des Verfahrens, über die Bedingungen, bei deren Daſein allein die gewünſchte gute Wirkſamkeit erwartet werden darf, über die Art der Durchführung der Mündlichkeit und über die nothwendigen Vorausſetzungen und Vorſchriften, um die Einwendungen gegen die Mündlichkeit zu beſeitigen. Ueberall bemerkt man hier, ſelbſt auch unter tüchtigen Praktikern der Länder, in welchen neuerlich mündliches Verfahren eingeführt wurde, eine große Unklarheit, und das Schickſal, welches die Mündlichkeit in dem ſeit 1848 in Deutſchland eingeführten Strafverfahren hat, iſt geeignet Beſorgniſſe zu erwecken, wenn man bemerkt, welchen großen Einfluß die ſchriftliche Voruntersuchung in der Hauptverhandlung im Strafverfahren hat, indem auf eine ſehr bedenkliche

Weise bei jeder Abweichung einer Aussage des Angeklagten oder der Zeugen die Aufzeichnungen in der Voruntersuchung in der Sitzung vorgelesen werden, und erfahrungsgemäß auf das Urtheil der Geschworenen einen großen Eindruck hervorbringen. Das Wesen der Mündlichkeit im bürgerlichen Prozesse besteht in dem Verfahren, nach welchem die Parteien durch ihre Vertreter den urtheilenden Richtern ihre Ansprüche, Behauptungen und Rechtsgründe, ihre Erklärungen über die vorgetragenen Behauptungen, ihre Einwendungen und Gründe so vortragen, daß die Richter sicher sind, daß die Materialien ihrer Entscheidung treu und vollständig so zu ihrer Kenntniß kommen, daß sie im Stande sind, jeden Zweifel zu beseitigen, daß sie bei ihrer Entscheidung sich nur an Das halten müssen, was ihnen nöthig vorgetragen wurde,[56]) und daß die mündlichen Parteivorträge in thatsächlicher Beziehung die Grundlage für die richterliche Entscheidung bilden, selbst rücksichtlich derjenigen Punkte, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten.[57])

Es läßt sich nicht verkennen, daß die gute Durchführung des Prinzips der Mündlichkeit Bedingungen erfordert[58]) und zwar, daß sowohl die Richter, vorzüglich die Präsidenten, von denen hier so viel abhängt, eben so wie die Anwälte von dem wahren Geiste des neuen Verfahrens erfüllt sind, daß ferner die mündlichen Vorträge nach ihrem Inhalt zweckgemäß klar und vollständig, ohne Hereinziehen unnöthiger oder verwirrender Erörterungen, aber auch ihrer Form nach so vorkommen; daß sie geeignet sind die Aufmerksamkeit der Richter zu erhalten und die richtige Auffassung des Vorgetragenen zu erleichtern, daß endlich die im Vorverfahren abgefaßten Schriften eben so Unklarheit und Unvollständigkeit als unnöthige Weitläufigkeit vermeiden. Unfehlbar wird auch die Wirksamkeit der Mündlichkeit an der Einrichtung scheitern, daß die mündliche Verhandlung durch den Vortrag eines Richters aus den Schriften des Vorverfahrens

56) Plank, in der preuß. Gerichtszeitung 1861, S. 169.
57) Dies spricht aus die hannoverische Prozeßordnung, Art. 101.
58) Plank l. c. S. 157.

eingeleitet wird.[59]) Die durch Erfahrung nachgewieſenen Vortheile des gut geführten mündlichen Verfahrens zeigen ſich nach den Zeugniſſen, die aus Frankreich, den Rheingegenden, in Hannover und Oldenburg vorliegen, vorzüglich dadurch, daß der ganze Prozeß 1) weit ſchneller zu Ende geführt werden kann, als dies bei dem ſchriftlichen Verfahren möglich war,[60]) indem eine Maſſe zeitraubender und das Verfahren verzögernder Schriften hier unnöthig werden und die Richter durch die klaren und durch die Lebendigkeit des Vortrags mehr als das Leſen von Prozeßſchriften oder Anhören von Relationen die Auffaſſung des Stoffs erleichternden Darſtellungen in den Stand geſetzt werden, regelmäßig ſchon auf den Grund einer Verhandlung ein Urtheil zu fällen, um ſo mehr als ſie die Gelegenheit haben, durch Fragen jeden Zweifel zu beſeitigen.[61]) Es iſt bedeutend, daß nach der Erfahrung die Richter nur höchſt ſelten das Bedürfniß fühlen, von dem ihnen durch die Prozeßordnungen gegebenen Mittel, ein ſchriftliches Verfahren anzuordnen, Gebrauch zu machen.[62]) 2) Nicht hoch genug kann der Vortheil angeſchlagen werden, daß durch das mündliche öffentliche Verfahren in den Anwälten und in den Parteien das Gefühl geweckt und geſtärkt wird, daß auch im Civilprozeſſe ein ſittlicher Geiſt herrſchen muß und die Parteien Wahrheit bei Gericht zu ſagen ſchuldig ſind.[63]) Erfahrungsgemäß ſchämt ſich eine Partei, in öffentlicher Sitzung

---

59) Die Nachtheile einer ſolchen Einrichtung ſind geſchildert in dieſem Archiv, Bd. 38 S. 245 und von Tippelskirch in der preuß. Gerichtszeitung 1861 S. 204.

60) Zeugniſſe in dem Archive Band 38 S. 239, Breitling in dieſem Archive Band 45 S. 61—63.

61) In Bezug auf Oldenburg ſ. das Zeugniß des Präſidenten von Butte in dieſem Archiv Bd. 43 S. 87.

62) Oppermann im Archiv Bd. 37 S. 464, Breitling im Archiv Bd. 43 S. 323. So wird in Frankreich nur ſelten von dem geſetzbuchzuläßigen Mittel des ſchriftlichen Verfahrens Gebrauch gemacht, Statiſtik in dieſem Archiv B. 43 S. 115 (1859 wurde nur in 68 Fällen ſchriftliches Verfahren eingeleitet, in Belgien von 1850 bis 1856 in 214 Fällen).

63) Die Wichtigkeit, dieſen Geiſt zu beleben, habe ich zu zeigen geſucht in der öſterr. Gerichtszeitung 1853 S. 42, 331. Das bisherige geheime ſchriftliche Verfahren war nicht geeignet, dieſen Geiſt zu erſtarken.

Chikanen und Unwahrheiten vorzubringen oder vorbringen zu laſſen, um ſo mehr, als ſchon die Klugheit ſie beſtimmt, ein ſolches Benehmen zu vermeiden.[64]) Auch die Anwälte hüten ſich, ihre Zuflucht zu Chikanen und zu gemeinen Abläugnungen zu nehmen, weil ſie ſicher ſind, daß ſie durch ein ſolches Benehmen die Achtung ihrer Mitbürger verlieren würden. Die Erfahrung lehrt, daß ein würdiger Präſident durch ein geeignetes Benehmen in dieſer Beziehung wohlthätig wirken kann.[65]) 3) Als ein großer Vortheil bewährt ſich die durch die mündlichen Verhandlungen bewirkte Einfachheit der Darlegung des Materials, worüber die Richter urtheilen ſollen, da nach der Natur der mündlichen Verhandlung dem Richter nicht eine Maſſe von zerſtreut in den Schriften vorgetragenem Material mit einer großen Zahl von Fragen, die der Entſcheidung bedürfen, vorliegt, vielmehr der Richter nach einer gut geleiteten Verhandlung über einzelne Fragen zu entſcheiden hat, und daher ſeine Aufmerkſamkeit leichter auf einen Punkt hin richten kann;[66]) daß dadurch auch die Gründlichkeit der Entſcheidung erleichtert wird, ergibt ſich leicht. 4) Es kann auch die in den Rheingegenden wie in der Pfalz nachgewieſene Erfahrung[67]) nicht in Abrede geſtellt werden, daß der Richter durch das mündliche Verfahren weit unbefangener bei der Entſcheidung iſt, weil ihm das Geſammtmaterial, worüber er zu urtheilen hat, fremd bleibt, bis er es in der mündlichen Verhandlung durch die Vorträge der Anwälte kennen lernt und unter dem Eindrucke des eben Erfahrenen zu entſcheiden berufen iſt, während nach der Erfahrung da, wo der

64) Erfahrene Rechtskenner und verſtändige Bürger bezeugen, daß in England entſchieden von dem Recht Suchenden bei den Grafſchaftsgerichten weit ſeltener chikanöſe Ableugnungen vorkommen, weil die Bürger wiſſen, daß es ihrem guten Ruf und ihrer Stellung im Verkehr ſchaden würde, wenn ihre Mitbürger wüßten, daß der Mann im Geſchäfte es mit der Wahrheit nicht ſehr genau nimmt.

65) Trefflich ſchildert Bomhard in der Schrift: Die Civilrechtspflege, S. 37, die in der Pfalz vorkommenden Erfahrungen. In Bezug auf Hannover ſind die Nachweiſungen von Oppermann in dieſem Archiv, Bd. 38 S. 21, wichtig.

66) Bomhard S. 59.

67) Bomhard S. 63.

Richter ſtufenweiſe den Prozeß zu ſehr durch die einzelnen einſeitigen Parteiſchriften kennen lernt und unwillkürlich, beſonders, wenn ein ſehr ausgezeichneter Advokat es verſteht, die Sache ſeines Clienten im günſtigſten Lichte darzuſtellen, mit ſeiner Anſicht auf die Seite einer Partei ſich neigt, und daher mit einer vorgefaßten Meinung zur Urtheilsfällung ſchreitet. Nur zu leicht wird dann auch die mündliche Verhandlung dieſer Einſeitigkeit nicht entgegenwirken können.

Entſchieden muß man einer oft gehörten Behauptung entgegentreten, daß nach dem neuen mündlichen Verfahren weit weniger auf die Gründlichkeit richterlicher Entſcheidungen zu rechnen iſt, theils weil die Richter ſich nicht genug vorbereiten können und ohne alle Kenntniß der Sache in die Sitzung kommen und nur auf die mündlichen Vorträge ihr Urtheil bauen ſollen, während oft tüchtige Rechtsfragen vorkommen können, auf deren gründliches Studium der Richter nicht vorbereitet iſt, theils weil die Richter genöthigt ſind, ſogleich nach Anhörung der mündlichen Vorträge zu entſcheiden, ohne daß ſie die nöthige Zeit zum Nachdenken hatten. Man muß zugeben, daß unter der Herrſchaft des neuen Verfahrens Richter vorkommen können, welche nicht vom Pflichtgefühl durchdrungen oder überhaupt leichtſinnig oder weniger geiſtig durchgebildet oberflächliche Urtheile fällen werden. Die Abſtimmungen ſolcher Richter würden unter der Herrſchaft des geheimen ſchriftlichen Prozeſſes nicht gründlicher ausfallen und leichtſinnige Abſtimmungen würden dabei um ſo leichter vorkommen, je mehr die Anhörung der Relation, auf deren Darſtellung die Richter ihr Erkenntniß bauen, den bequemen Richtern die Abſtimmung im Einverſtändniß mit den Referenten erleichtert. Die Frage muß ſo geſtellt werden: Ob die obigen Vorausſetzungen, die man als Urſachen der Ungründlichkeit im Zuſammenhang mit mündlicher Verhandlung angibt, wirklich vorhanden ſind, ob in einem gut organiſirten mündlichen Verfahren ein Grund liegt, welcher die Ungründlichkeit erzeugt und ob die Erfahrungen über die Urtheilsfällung im mündlichen Verfahren dieſe Beſorgniſſe rechtfertigen. Dieſe Frage aber muß verneint werden. Es iſt ein Irrthum, daß die Richter unvorbereitet in die Sitzung kommen; erfahrungsgemäß benützt jeder ſorgfältige Richter die Ge-

legenheit, ſchon vorher durch das Leſen der ſogenannten motivirten Anträge ſich ſoweit vorzubereiten, daß er weiß, welche Sache mit gewiſſen thatſächlichen Verhältniſſen in die nächſte Sitzung gebracht werden wird und welche Rechtsfragen dabei vorkommen können; findet er nun, daß darunter Fragen ſind, mit denen zufällig ſich der Richter wenig beſchäftigt hat, ſo wird er nicht unterlaſſen, durch geeignetes Studium ſich darauf vorzubereiten. Wenn ein neuerer Schriftſteller[68]) mit Berufung auf einen franz. Schriftſteller bezweifelt, ob die Richter die Schriften des Vorverfahrens leſen, ſo iſt bereits mit Recht von einem Schriftſteller[69]), der beſſer die pfälziſche Praxis aus dem Leben kennt, in Bezug auf die rheinpfälziſchen Richter bezeugt, daß dieſe die Mittel, ſich vorzubereiten, nicht unterlaſſen. Man ſcheint überhaupt ſich nicht genug klar zu machen, daß bei dem deutſchen ſchriftlichen Verfahren zwar der Referent die Sache genau kennen lernt, für die übrigen Richter aber nur das Mittel übrigt, das thatſächliche Verhältniß *ſo wie es der Referent vorträgt*, kennen zu leenen, während ſie bei der mündlichen Verhandlung weit mehr Garantieen haben, das Material des Streites genau kennen zu lernen, indem ſie ſicher ſind, unmittelbar aus dem Munde der Vertreter der Parteien alle Verhältniſſe zu erfahren, zugleich das Mittel haben, durch Fragen ſich jeden Zweifel zu beſeitigen und gute mündliche Vorträge der Anwälte durch die Lebendigkeit der Darſtellung mehr geeignet ſind, die richtige Auffaſſung der Sache zu erleichtern, als Dies der Fall iſt, wenn nur durch den oft ermüdenden und ſchleppenden Vortrag des Referenten die Sache zur Kenntniß der übrigen Richter kömmt.[70]) Daß die Richter nicht durch das mündliche Verfahren zu einer Uebereilung im Abſtimmen gedrängt werden, ergibt ſich leicht, wenn man erwägt, daß die Richter, wenn ſie in das Berathſchlagungszimmer kommen, nicht genöthigt ſind, auf der Stelle abzuſtimmen, da bekanntlich ſehr häufig das Gericht die Verkün-

68) Zink, über die Ermittelung des Sachverhalts, Bd. I S. 154.

69) Bomhard, die Civilrechtspflege S. 12, 13.

70) Richtig bemerkt mit Beziehung auf hannoveriſche Erfahrungen von Breitling in dieſem Archiv, Bd. 45 S. 58, ſ. auch die günſtigen Zeugniſſe von Buttel in Bezug auf Oldenburg im Archiv Band 43 S. 91.

dung des Urtheils vertagt, wenn die Richter erklären, daß wegen der Schwierigkeit des Falles, wegen der sehr streitigen Beschaffenheit der Rechtsfragen eine augenblickliche Abstimmung nicht gut möglich sein würde. Ohnehin gibt ja das französische wie das hannoverische und oldenburgische Gesetz das Mittel der Anordnung eines besondern schriftlichen Verfahrens, wodurch die Richter hinreichend vorbereitet werden. Nicht zu billigen ist es, wenn der bayerische Entwurf § 11 nur für das Rechnungsverfahren ein schriftliches Verfahren zuläßt, weil nur selten in der Pfalz davon Gebrauch gemacht wird; es genügt, daß das Verfahren doch in allen Ländern als Bedürfniß zu wirken erkannt wird [71]) und gerade in einem Lande, wo das mündliche Verfahren neu ist, sollte man das Mittel nicht ausschließen. Wird die Verkündung des Urtheils vertagt, so können die Richter in der Zwischenzeit hinreichend sich auf die Abstimmung vorbereiten; und daß sie dabei nicht bloß ihrem Gedächtnisse zu trauen nöthig haben, ergibt sich daraus, daß gewissenhafte Richter sehr häufig während der mündlichen Verhandlungen sich Aufzeichnungen über die gehörten Vorträge machen. [72]) Hinreichend belehrend sind für uns die Erfahrungen, welche von hannoverischen und oldenburgischen Richtern, die unter dem vorigen schriftlichen Verfahren das Richteramt ausübten und unter dem neuen Verfahren thätig waren, entschieden ausgesprochen werden, daß sie der neuen Verfahrungsweise den Vorzug geben. [73]) Nicht unerwähnt dürfen auch zwei Erscheinungen bleiben, die für das Verfahren sprechen, nämlich die oben not 64 angeführte Erfahrung, daß nur sehr selten die Gerichte nöthig hatten, von dem gesetzlich gegebenen außerordentlichen Mittel, ein besonderes schriftliches Verfahren anzuordnen, Gebrauch zu machen, ferner die wichtige Erfahrung,

---

71) so bei Note 62 u. Leonhardt, das Civilprozeßverfahren S. 52.

72) Bomhard, Civilrechtspflege S. 67.

73) Wir bitten zu vergleichen die Mittheilungen von Oppermann im Archiv, Bd. 38 S. 239. s. auch das Zeugniß des hannoverischen Obergerichtsdirektors Bobers, Archiv Bd. 43 S. 87. Breitling, (nach den Auszügen aus den Berichten der hannoverischen Präsidenten) im Archiv Band 45, S. 58, 59. Ueber Oldenburg: Zeugniß des Präsidenten v. Buttel im Archiv B. 43 S. 90.

daß nur eine sehr geringe Zahl der Urtheile der Collegialgerichte im Falle der Berufung dagegen in zweiter Instanz abgeändert werden. [74]) — Wie wichtig es ist, sich alle Folgen recht klar zu machen, wenn das mündliche Verfahren eingeführt wird, zeigt sich bei der Entscheidung einzelner Fragen. Wir wollen nur den Fall hervorheben, wenn in der zur mündlichen Verhandlung der Sache bestimmten Sitzung der Beklagte nicht erscheint und die Frage entsteht, ob dann nicht, ungeachtet keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, der Kläger begehren kann, daß die in den zugestellten Klaganträgen vorgebrachten Thatsachen für zugestanden angenommen werden sollen? Die hannoversche Prozeßordnung scheint dem Kläger dies Recht zu geben.[75])

II. Wenn eine Gesetzgebung das Prinzip der Mündlichkeit aufstellt, so bedarf es einer Verständigung darüber, ob die Mündlichkeit bei allen Prozeßhandlungen im Laufe des ganzen Verfahrens zum Grund gelegt werden soll. Wir werden unten prüfen, wie weit die neuen Gesetzgebungen dem Prinzip im Beweisverfahren und in der Instanz der Rechtsmittel treu geblieben sind. Beklagen muß man, daß gerade im Beweisverfahren dies Prinzip verletzt wird; allein auch in Bezug auf das Verfahren bis zum ersten Urtheil ergibt sich bald, daß eine Reihe von Prozeßhandlungen und Entscheidungen des Gerichts vorkommen, bei denen eine mündliche Verhandlung nicht eintritt. Es ist anerkannt, daß da, wo das Parteiverfahren eine Thätigkeit des Gerichts erzielt, welche mehr ordnend oder administrativ und nicht eigentlich prozessualisch ist, der Grundsatz der Mündlichkeit nicht Platz greift, und selbst nicht bei allen Verhandlungen eintritt, die einen prozessualischen Charakter haben, z. B., wenn es auf die Ablehnung eines Richters, auf Kostenliquidation, auf Weigerung eines Anwalts eine Vertretung zu übernehmen, ankömmt. Es ist wünschenswerth, daß ein neues Gesetzbuch klar die Fälle

74) Mein Aufsatz in Pölitz Jahrbücher der Geschichte 1831 S. 117 und neuere Mittheilungen im Archiv Bd. 45 S. 59, 60.

75) Wichtige Bemerkungen darüber von Leonhardt im neuen Magazin für hannov. Recht, Bd. 1 S. 35. Nach Oldenburg Pr.-O. Art. 114 andere Ansicht s. über verschiedene Meinungen im Archiv für Oldenb. Recht Band 17 S. 17 vergl. mit S. 68. Unten mehr darüber.

zuſammenſtellt, wo das Gericht nur in berathender Sitzung,[76]) ohne vorausgegangene mündliche Verhandlung, zu entſcheiden hat. Will man richtig die Fälle bezeichnen, in welchen der Grundſatz der Mündlichkeit zur Anwendung kömmt, ſo kann man mit Leonhardt[77]) ausſprechen, daß die Mündlichkeit anzuwenden iſt in demjenigen Verfahren, das ſich als eigentliche Verhandlung zwiſchen den ſtreitenden Prozeßparteien zum Behufe der Entſcheidung ihrer durch Klage oder Einreden vor Gericht geſtellten Anſprüche charakteriſirt.

III. Die wichtigſte Frage für den Geſetzgeber iſt die: in welches Verhältniß die mündliche Verhandlung zu einem ſchriftlichen Vorverfahren geſtellt werden ſoll, und zwar ſind es wieder drei Fragen, über deren Beantwortung der Geſetzgeber im Reinen ſein muß:

A) wie weit überhaupt und in welchem Umfang, zu welchem Zweck ein ſchriftliches Vorverfahren angeordnet werden ſoll;

B) ob und wie weit eine Dazwiſchenkunft des Gerichts in dieſem Vorverfahren nöthig iſt, ob nicht nach dem Vorbild des franzöſiſchen Verfahrens das Verfahren nur zwiſchen Anwälten mittelſt der Gerichtsvollzieher zu vermitteln iſt;

C) in wie weit Abweichungen im mündlichen Verfahren von den im ſchriftlichen Vorverfahren vorgekommenen Erklärungen zuläſſig ſind.

ad A. Ueber die Natur des ſchriftlichen Vorverfahrens herrſcht noch große Unklarheit. Anerkannt iſt nur, daß ein ſolches Verfahren jedenfalls nicht zur Einleitung aller Streitſachen, vielmehr nur da nöthig ſein kann, wo eine Sache zur Verhandlung an ein Collegialgericht gebracht werden ſoll, daher im Verfahren vor Friedensrichtern in Frankreich oder deutſchen Amtsrichtern kein Vorverfahren verlangt wird. Man fühlt hier lebhaft die Gefahr für jeden Geſetzgeber, wenn er durch allgemeine Beſtimmungen etwas vorzuſchreiben ſucht, was in manchen Fällen gewiß ſehr gut wirkt, während es in anderen unnöthig iſt, wo

76) Die hannoveriſche Prozeßordnung bedient ſich dieſes Ausdrucks, z. B. § 50.

77) im neuen hannoveriſchen Magazin, B. I S. 27.

zugleich die Erfüllung einer vorgeschriebenen Förmlichkeit nicht genügen kann, es vielmehr auf die Art der Erfüllung ankömmt, und diese von dem guten Geiste Derjenigen abhängt, welche berufen sind, die in Frage stehenden Handlungen vorzunehmen. Doppelt schwierig wirkt dies für den Gesetzgeber bei Nachahmung der Einrichtungen einer fremden Gesetzgebung, wo bei Denjenigen, welche diese neuen Vorschriften anzuwenden haben, auf ein klares Verständniß derselben nicht gerechnet werden kann, weil nichts Aehnliches in den bisherigen Einrichtungen des Landes vorkam. Dies zeigt sich vorzüglich, wenn man sich entschließt, das Prinzip der Mündlichkeit im Prozesse zum Grunde zu legen, und die Frage entsteht, ob und wie weit ein schriftliches Vorverfahren damit zu verbinden ist, wie es in der französischen Gesetzgebung vorkömmt. Wir empfehlen hier jedem mit Gesetzgebung Beschäftigten die Erfahrungen zu benützen, welche wir dem ausgezeichneten Präsidenten des Bremischen Handelsgerichts Dr. Heineken, verdanken.[78]) Gewiß ist es, daß die Anwälte, die von Pflichtgefühl durchdrungen sind und auf die Ehre ihres Berufs Werth legen, erkennen, daß sie schon *ihres eigenen Interesses willen* vor der Gerichtssitzung, in welcher eine Sache zur Verhandlung kömmt, sich einander das Nöthige mittheilen müssen, weil sie sonst nicht gehörig vorbereitet sind, und der Anwalt des Klägers einen gehörigen Prozeßplan nur dann machen kann, wenn er im Allgemeinen wenigstens weiß, was der Gegner vorbringen wird, weil ebenso der Anwalt des Beklagten nicht im Stande ist, sich gehörig auf den mündlichen Vortrag vorzubereiten, wenn er den Angriff nicht kennt, den er abzuwehren hat. Jeder Anwalt muß einsehen, daß er an der allgemeinen Achtung leidet, wenn er in jedem Augenblick um Vertagung der Sache bitten muß, da er auf das eben Gehörte nicht vorbereitet ist, und wenn er Unwahrheiten und Verdrehungen vorbringt, bei denen er eine schlechte Rolle spielt, wenn das Gericht die mündliche Vernehmung der Partei selbst anordnet und die von einem tüchtigen Präsidenten befragte Partei durch ihre Erklärungen ihren Anwalt beschämt. Der Gesetzgeber könnte daher vielleicht, wie in Bremen, die

78) in diesem Archiv, Bd. 35 Nr. 1.

vorgängigen Mittheilungen der Advocaten ganz ignoriren und Alles nur den Anwälten überlassen, die in ihrem Interesse selbst klug handeln werden; [79]) allein es möchte dies doch sehr gefährlich sein und dabei zu viel dem guten Willen und der Einsicht der Anwälte überlassen werden. Auf diese Art muß der Gesetzgeber dazu kommen, vorzuschreiben, was regelmäßig geschehen muß, und hier entsteht dann die Frage, ob nicht das französische System anzuwenden ist. Man darf zwar nicht verkennen, daß französische Schriftsteller selbst [80]) große Bedenklichkeiten dagegen angeben, deren Gewicht aber für Deutschland verschwinden wird, wenn man die Zeugnisse erwägt, welche über die gute Wirksamkeit der französischen Einrichtung in dem westphälischen Königreiche und vorzüglich in Bezug auf die günstigen Erfahrungen in den deutschen Rheinprovinzen [81]) vorliegen, was auf Rechnung des guten Geistes vorgeschrieben werden muß, der die rheinischen Advokaten beseelt. Von hoher Bedeutung sind aber auch die guten Erfahrungen, welche wir in Bezug auf die hannoverische Prozeßordnung den Mittheilungen unterrichteter Beobachter verdanken; es ergibt sich, daß immer mehr hannoverische Praktiker, die anfangs sehr abgeneigt dem neuen Verfahren waren, jetzt entschiedene Vertheidiger desselben sind. Die hannoverischen Advokaten erkennen zwar, daß ihre jetzige Stellung viel schwieriger als die frühere ist, insbesondere die Vorbereitung Schwierigkeiten und für den Anwalt eine gewisse aufregende Natur hat, alle aber erkennen zugleich an, daß das neue Verfahren für das materielle Recht eine sichere Gewähr gibt.[82]) Ueberall wird aber auch eingesehen, daß, wenn die Vorschriften über die Vorverhandlung zwischen Anwälten besser, als es vielfach in Frankreich der Fall ist, in Ländern, in welchen dies neue Verfahren eingeführt werden soll, wirken sollen, sie so erlassen werden müssen, daß theils der Inhalt der mitzutheilenden Schriften mehr dem

79) Heineken im Archiv, Bd. 37 S. 5.

80) z. B. Bottard, Code de procedure civile, I, p. 121, 165 (nach der Ausgabe von Brüssel, 1842).

81) Bomhard S. 62 vgl. mit Neue Ideen zur Gerichts- u. Prozeßordnung S. 74, 79.

82) Oppermann, in diesem Archiv, Bd 37, S. 448, 454.

Zwecke entspricht, theils dem Gerichte eine gewisse Controle eingeräumt wird, wobei nur Alles vermieden werden muß, was diese Vorverhandlung zu einem förmlichen schriftlichen Verfahren machen könnte und dem Gerichte eine Prozeßleitung auflegen würde. Die Wichtigkeit einer guten Vorbereitung der Anwälte zeigt sich besonders auch darin, daß ohne dies Wechseln der schriftlichen An- und Gegenanträge die beabsichtigte Concentration der Verhandlung der Sache auf eine Sitzung, (was die Regel bilden muß), nicht möglich sein würde.[83]) Es kann freilich vorkommen, daß der Beklagte in dieser Vorverhandlung nicht antwortet; allein in solchen Fällen, die doch immer selten sind, kann der Anwalt des Klägers die Sache sogleich in die Sitzung bringen, wo aber dann den Beklagten mancherlei Nachtheile treffen können; erscheint er selbst nicht oder für ihn in der Sitzung kein Anwalt, so wird gegen ihn auf Antrag des Klägers ein Ungehorsamsurtheil erkannt; erscheint ein Anwalt für ihn, und bringt er jetzt erst Erklärungen vor, in Ansehung deren der Anwalt des Klägers mit Grund aussprechen kann, daß er überrascht und jetzt sich nicht sogleich zu erklären im Stande ist, so daß er auf Vertagung antragen muß, so treffen den Beklagten Nachtheile, indem er in die Kosten der vereitelten Sitzung verurtheilt wird, und der Präsident eine ernste Rüge über den Beklagten oder nach Umständen über den Anwalt aussprechen wird. In diesem Vorverfahren sollte noch eine Einrichtung nachgeahmt werden, die mit gutem Erfolg in der Prozeßordnung für Piemont angeordnet ist. Jeder mit dem Prozeßgang Vertraute weiß, welche Verzögerungen und Chikanen im Verfahren durch die sogenannte Einrede der fehlenden Sachlegitimation begünstigt werden. Das französische Gesetz enthält darüber nichts.[84]) Das römische Recht hatte nun für die Fälle, in denen eine solche Legitimation in Frage stand, der Partei die Befugniß gegeben, an den Gegner deswegen eine interrogatio zu stellen, so daß, wenn der Befragte

83) Oppermann, in diesem Archiv, Bd. 38, S. 240.

84) Der bayerische Entwurf art. 48 sagt nur: ob die Parteien zur Sache legitimirt sind, ist nach bürgerlichen Gesetzen zu beurtheilen und zu entscheiden, die Geltendmachung des Mangels aber nach allgemeinem Grundsatze über das Verfahren in der Rechtskraft der Urtheile zu bemessen.

nicht antwortete, die Thatsache als wahr angenommen wurde. In der italienischen Praxis erhielt sich diese Einrichtung[85]), und die Prozeßordnung von Piemont[86]) nahm diese auf durch die Vorschrift, daß, wenn eine Partei in dem Vorverfahren Thatsachen behauptet, die sich auf die Qualität des Erben oder darauf beziehen, daß der Andere gewisse Sachen besitzt, der Gegner in der nächstfolgenden Schrift sich darüber bestimmt aussprechen muß, indem wenn er Dies nicht thut, die Thatsachen als zugestanden angenommen werden. Eine ähnliche Vorschrift würde gewiß auch in allen neuen Prozeßordnungen sich gut bewähren.

ad B. Eine Hauptfrage bleibt, ob dies Vorverfahren zwischen Anwälten, wie nach dem französischen, dem piemontesischen und hannoverischen Gesetz und nach dem bayerischen Entwurf durch Gerichtsvollzieher vermittelt werden soll, diese dann auch wie in Frankreich und Hannover die Vollstreckung der Urtheile zu besorgen haben. Gegen diese Einrichtung hat am ausführlichsten die österreichische Denkschrift[87]) sich erklärt. Es wird geltend gemacht, daß durch Uebertragung des Zustellungsgeschäfts und der Vollstreckung der Urtheile eine große Macht in die Hände von Personen gelegt werden müßte, welche doch nur von geringer Bildung sind und einer unteren Schicht der bürgerlichen Gesellschaft angehören, daß aber eine solche Macht in der Hand des Ungebildeten leicht gefährlich werde, daher auch in Frankreich vielfache Klagen über Mißbräuche vorkämen, daß durch die neue Einrichtung die Rechtsverfolgung sehr vertheuert würde, und ein zu rascher Uebergang durch Einführung völlig neuer Einrichtungen nicht wünschenswerth sein könne. Nicht unbeachtet darf dagegen bleiben, daß in dem westphälischen Königreich immer mehr die

---

85) S. dies Archiv, Band 39 S. 278, 284.

86) Prozeßordnung vom 20. November 1859, Art. 156.

87) Denkschrift über einige Hauptfragen. S. 50. Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes hatte im Jahre 1822 in seiner Schrift: Der gemeine deutsche Prozeß, 2. Heft S. 74, sich in ähnlichem Sinne erklärt. Wir verweisen auch auf die Ausführungen bei Zink, S. 5, 154. Eine ungünstige Stimmung gegen diese Einrichtung zeigt sich auch in Italien, und Mancini (der bedeutendste Advokat in Neapel während vieler Jahre) gibt in seinem Commentar der Einrichtung kein gutes Zeugniß.

anfangs ungünstige öffentliche Stimme günstig der Einrichtung war, daß ein erfahrener Jurist[88]) ein vortheilhaftes Zeugniß der Einrichtung, wie sie in der Rheinprovinz besteht, gibt, und daß auch in Bezug auf Hannover die Erfahrungen im Allgemeinen als günstig geschildert werden,[89]) obwohl anerkannt wird, daß durch dies Institut die Kosten bedeutend vermehrt werden. Auf diese Art ist es wohl schwierig, ein absolutes Urtheil über den Werth der Einrichtung auszusprechen. Alles kömmt darauf an, ob die Regierung darauf rechnen kann, daß sie in dem Lande so viele Personen finden wird, welche die Eigenschaften besitzen, die nöthig sind, um für die bedeutenden Geschäfte, die den Gerichtsvollziehern zu übertragen sind, das Allgemeine Vertrauen zu sichern; eine Hauptsache ist dabei freilich außer den Eigenschaften der nöthigen Bildung der Charakter, der darin sich bewähren muß, daß der Gerichtsvollzieher treu, gewissenhaft die ihm aufgetragene Handlung vornimmt, z. B. die Schriften, Vorladungen, der rechten Partei und genau zu der vorgeschriebenen Zeit behändige; allein man darf nicht vergessen, daß nach der französ. Einrichtung der Gerichtsvollzieher oder Herold[90]) nicht bloß der Ueberbringer von schriftlichen Mittheilungen, sondern selbst Verfasser von wichtigen schriftlichen Erklärungen (exploits) ist, bei deren Abfassung es darauf ankömmt, daß kein Irrthum begangen, daß jedes Wort sorgfältig gewählt und die ganze Schrift recht verständlich abgefaßt wird. Bei den auf die Vollstreckung des Urtheils bezüglichen Handlungen des Gerichtsvollziehers kömmt es aber auch noch darauf an, daß sie in der gehörig gesetzlichen Reihenfolge und Form verfertigt werden. Hiezu kann man zwar nicht eine strenge rechtsgelehrte Bildung verlangen, aber der Gerichtsvollzieher muß wenigstens mit den Vorschriften der Prozeßordnung, mit der Bedeutung der einzelnen Vorschriften vertraut

88) Bomhard, die Civilrechtspflege, S. 55.

89) Breitling, in diesem Archiv, Bd. 45 S. 28.

90) Der Appellationsrath Leue in seiner Schrift: Ideen zu einer Ger.-Prozeßordnung, S. 32—37 bemerkt, daß der Ausdruck Gerichtsvollzieher ebenso wie der französische huissier unpassend ist, und diese vermittelnden Beamten am besten Herolde genannt würden. Uebrigens gibt er den rheinischen Gerichtsvollziehern S. 37 ein gutes Zeugniß.

ſein, um Irrthümer zu vermeiden. Hiezu gehört eine tüchtige Vorbereitung durch einen gewiſſen Grad von Bildung, durch eine längere Praxis, um den Prozeßgang genau kennen zu lernen; eine ſtrenge Prüfung, um ſicher zu ſein, daß der Candidat die nöthigen Eigenſchaften beſitzt, wird eben ſo nöthig als eine geeignete Aufſicht und eine ſolche ökonomiſche Stellung, welche auch für gebildete Perſonen wünſchenswerth macht, ſolche Stellen nachzuſuchen.[91])

ad C. Einer der ſchwierigſten Punkte iſt bei der mündlichen Verhandlung der, daß in einer Reihe von Fällen in dem mündlichen Vortrage Abweichungen von den Erklärungen vorkommen, die in dem ſchriftlichen Vorverfahren niedergelegt wurden. Dies ergibt ſich ebenſo in Frankreich, in der Pfalz, wie in Hannover und Oldenburg.[92]) Es iſt mit Recht von hannover. Praktikern[93]) bemerkt worden, daß ſolche Abweichungen häufig vorkommen, ohne daß man ſie auf Rechnung der Nachläſſigkeit in der Vorbereitung oder des böſen Willens der Anwälte ſetzen kann, indem nicht ſelten die Partei anfangs den Anwalt nicht ehrlich und vollſtändig inſtruirt und erſt vor der Sitzung die Partei über das thatſächliche Verhältniß oft zuweilen wichtige Mittheilungen macht, während erſt durch die Erklärungen des Gegners, z. B. des Beklagten, der Anwalt des Klägers veranlaßt wird, ſich näher bei ſeiner Partei zu erkundigen, und dann oft erfährt, daß die Sache ſich ganz anders verhält, als ſie anfangs dargeſtellt wurde, oder wichtige Thatſachen bisher nicht bekannt waren. Hier iſt der Widerſtreit der Rückſichten; auf einer Seite ſpricht für das Recht, ſolche Abweichungen vorzu-

91) Die Schilderungen in Bomhard S. 56, 57 verdienen hier beſondere Beachtung. Auf jeden Fall wird in Deutſchland ein beſſeres Verhältniß zu erwarten ſein als in Frankreich, wo die Käuflichkeit der Stellen der huissiers, (in den großen Städten muß eine Stelle oft um 100,000 Frcs. und mehr gekauft werden), leicht ſolche Beamte antreibt, ihre Stelle recht einträglich zu machen. Wir empfehlen allen mit dem Gegenſtand Beſchäftigten mit den Erfahrungen der franzöſiſchen Schriftſteller ſich zu befreunden, z. B. Regnard, p. 269; Bordeaux, p. 194, 427; Seligmann, p. 149.

92) ſ. dies Archiv, Bd. 33 S. 145, Bd. 39 S. 415. Oppermann in dem Archiv B. 38 S. 247. Leonhardt, das Civilprozeßverfahren, S. 56.

93) Schmitt, in der preuß. Gerichtszeitung 1861, S. 350.

bringen, das Prinzip der Mündlichkeit, was auch die hannover. Prozeßordnung § 101 durch die Ausdrücke anerkennt, daß in thatsächlicher Beziehung die mündliche Verhandlung als Grundlage für die richterliche Entscheidung dient, selbst rücksichtlich derjenigen Punkte, welche eine Abweichung von dem durch die Schrift festgestellten Vorbringen enthalten. Wollte der Gesetzgeber keine Abweichung gestatten, so würde auf Kosten des materiellen Rechts dem formellen der Sieg verschafft werden. Auf der andern Seite würde die Gestattung einer unbedingten Abweichung häufig bewirken, daß die Gegenpartei auf Das, was sie vorher nicht wissen konnte, sich geeignet vorzubereiten nicht im Stande wäre. Verzögerungen des Verfahrens und ungenügende mündliche Vorträge würden darnach die Folgen sein. Nach den französischen Erfahrungen werden diese Abweichungen in den mündlichen Vorträgen von den Praktikern nicht so bedenklich angesehen, indem sehr häufig die Gegenpartei doch auf das neue Vorbringen sich einläßt oder durch eine Vertagung der Sitzung geholfen werden kann. Zwei Fragen sind es, die vorzüglich zu erledigen sind: 1) wie solche Abweichungen gehörig constatirt werden können, z. B. durch das Sitzungsprotokoll, 2) wie weit Vertagungen zuläßig sein sollen und wie es zu halten ist, wenn in der folgenden Sitzung nicht alle Richter erscheinen können, die in der vorigen gegenwärtig waren. Beide Fragen müssen Gegenstand einer besonderen Erörterung werden; hier genüge es nur, auf die Praxis in Frankreich zu verweisen, nach welcher theils in solchen Fällen des neuen Vorbringens es darauf ankömmt, ob die betheiligte Gegenpartei sich darauf einlassen will, oder Gründe angibt, welche zeigen, daß der Anwalt in seiner Vertheidigung gefährdet sein würde, wenn man ihn nöthigt, sich doch sogleich zu erklären. Die Sitte ist, daß das Gericht prüft, ob man nach Lage der Sache dem Anwalt zumuthen kann, sich auf das neue Vorbringen einzulassen. [94]) In Deutschland, wo man durch die Wissenschaft und Praxis daran

34) Dies Archiv, Bd. 39, S. 416. Nicht zu billigen ist es, wenn die oldenburgische Prozeßordnung, § 106 am Schlusse, vorschreibt, daß das Gericht die Partei auf unzulässiges Vorbringen aufmerksam machen soll.

gewöhnt ist, Klageänderung und Klageverbesserung zu unterscheiden, und nur die zweite gestatten will, kommen die neuen Gesetzgebungen dazu, dieser Unterscheidung ähnliche Vorschriften auch für das neue Verfahren zu geben.[95]) Nach unseren Erkundigungen bei französischen Praktikern ist es zweckmäßiger, nach dem Vorbild des französ. Code keine Vorschrift über Klageänderung und worin sie besteht, zu geben; es wird nach den Zeugnissen deutscher Wissenschaft nicht möglich sein, eine solche sicher leitende Vorschrift im Gesetz zu formuliren. Der Gesetzgeber muß sich darauf gefaßt machen, daß, wie es nach der Erfahrung in den deutschen Gerichten geschieht,[96]) zu oft der Anwalt des Beklagten mit Berufung, daß er eine Klageänderung nach dem Gesetze vorbringt, sich der weiteren Verhandlung widersetzt, während man richtiger die Entscheidung dem Ermessen des Gerichts nach den oben angegebenen Rücksichten überlassen kann. Wenn der bayer. Entwurf im Art. 156 den Beklagten das Recht gibt, sich jeder nach der Vernehmlassung (man frägt, welcher Zeitpunkt damit gemeint ist) erfolgende Aenderung der Klage in ihrem Hauptgegenstande oder *ihrer thatsächlichen Begründung* zu widersetzen, so wird häufig eine nachtheilige Verzögerung des Verfahrens veranlaßt.[97])

---

95) s. oben in Bezug auf den bayerischen Entwurf die Note 51. Auch das oldenburgische Gesetzbuch § 105 u. 106 unterscheidet Klageverbesserung und Aenderung. *Leonhardt*, das Civilprozeßverfahren, S. 57, schlägt zu den Schlußworten § 101 der hannover. Prozeßordnung den Zusatz vor: jedoch mit, Ausnahme Solcher, welche eine Klageveränderung involviren.

96) In Preußen zeigt sich aus dem Gange der Praxis, daß es an der nöthigen Klarheit der Grundsätze über Klageänderung fehlt, die zu sehr beschränkt wird, Heffter, preuß. Civilprozeß S. 137.

97) s. z. B. in dem in diesem Archive B. 39 S. 415 angeführten Falle; s. noch B. 41 S. 217.

(Fortsetzung im nächsten Hefte.)